Arbitraje comercial internacional en Europa

Volumen 22 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Arbitraje comercial internacional en Europa

(aspectos actuales y regímenes jurídicos)

Directores:

Jorge Luis Collantes González
Abogado. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona

Anne-Carole Cremades
Abogada, Schellenberg Wittmer, Ginebra

Coordinador:

Marco de Benito Llopis-Llombart
Profesor de IE Law School, Madrid

Presentación de Yves Derains

Prólogo de Bernardo M.ª Cremades

ie law school

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje comercial internacional en Europa
(aspectos actuales y regímenes jurídicos)

Primera edición, febrero 2013
Tiraje: 1,000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, editor, 2012
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 200-9090 / 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Palestra Editores S.A.C., 2012
Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú
Telefax: (511) 7197-628 / 7197-629
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 - Santiago de Surco - Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2013-02698

ISBN: 978-612-4047-89-3
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Presentación
Yves Derains (Derains Gharavi, París) 11

Prólogo
Bernardo M. Cremades (B. Cremades & Asociados, Madrid) 19

Nota del Editor
Mario Castillo Freyre (Estudio Mario Castillo Freyre, Perú) 23

Trayectorias profesionales 29

PARTE I. ASPECTOS ACTUALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EUROPA

- El arbitraje y la acción
  Marco de Benito Llopis-Llombart (IE Law School, Madrid) 61

- La independencia del criterio del árbitro (*o issue conflict*)
  Fernando Mantilla Serrano (Shearman & Sterling, París) 75

- Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes
  Jean Marguerat (Froriep Renggli, Ginebra) 97

- Los privilegios probatorios (*evidentiary privileges*) en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación (*settlement privilege*)
  Maribel Rodríguez Vargas (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira) 121

- El derecho a la prueba. Retos y problemas desde un enfoque europeo y comparado
  Franz Stirnimann Fuentes (Winston & Strawn, Ginebra)
  Carolina Romero Acevedo (Winston & Strawn, Washington, D.C.) 149

- La renuncia a los recursos en el arbitraje desde un enfoque europeo
Diego Saavedra Silvela (Gómez-Acebo & Pombo, Madrid) 205

- *Anti-suit injunction* y *anti-arbitration injunction* en el arbitraje comercial internacional
Fernando Lanzón (Clifford Chance, Madrid) 235

- La ejecución en Europa de un laudo anulado en el país en el que fue dictado: la perspectiva francesa y la de otros Estados europeos
Christian Larroumet (Profesor honorario de la Universidad Paris II Panthéon-Assas, París) 267

- El arbitraje societario en España. Aproximación al Derecho comparado
Juan Pablo Correa Delcasso (Albiñana & Suárez de Lezo, Barcelona) 277

- La exclusión del arbitraje del Reglamento n.º 44/2001 y los proyectos de integración
Philippe Pinsolle (Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, París) 305

- Reflexiones sobre el arbitraje y el Derecho Europeo de la Competencia *(Arbitrabilidad y control de los laudos respecto del orden público europeo)*
Alexis Mourre (Castaldi Mourre & Partners, París) 335

- La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (enfocando lo comercial dentro del ámbito de las inversiones)
Meritxell Burcet Sendro (Uría Menéndez, Barcelona) 353

PARTE II. REGÍMENES ARBITRALES (HERRAMIENTAS PARA EL DIÁLOGO Y DEBATE ENTRE LA PRÁCTICA ARBITRAL Y EL ENTORNO ACADÉMICO)

- Alemania: *Luis Capiel* (Uría Menéndez, Madrid) 373

- Austria: *Alice Fremuth-Wolf* (Vienna International Arbitral Centre-VIAC)
Christian Koller (Universidad de Viena) 405

- Bélgica: *Caroline Verbruggen* (DLA Piper, Bruselas)
Daria Goldstein (Banco Mundial, Washington, D.C.) 437

- Bulgaria: *Alexander Kaztarsky* (Georgeiv, Todorov & Co., Sofía) 459

- Dinamarca: *Henriette Gernaa* (Gorrissen Federspiel, Copenhague)
Morten Midtgaard Pedersen (Gorrissen Federspiel, Copenhague)
Claus R. Weigelt (Gorrissen Federspiel, Copenhague) 483

- Eslovaquia: *Katarína Čechová* (Čechová & Partners, Bratislava) 511

- Estonia: *Pirkka-Marja Põldvere* (Aivar Pilv, Tallin) 537

- España: *Jorge Luis Collantes González* (Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona) 561

- Finlandia: *Adriana Casandra Aravena-Jokelainen* (Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia, Helsinki) 619

- Francia: *Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor* (J.A. Cremades, París/Madrid)
Bruno Roca Grau (J.A. Cremades, París/Madrid) 645

- Grecia: *Niki K. Kerameus* (Kerameus & Partners, Atenas) 677

- Hungría: *András Szecskay* (Szecskay Attorneys at Law, Budapest) 709

- Islandia: *H. Kristjan Larusson* (Taylor Vinters, Londres)
Gardar Vidir Gunnarsson (LEX Law Offices, Reikiavik) 741

- Irlanda: *Damien Keogh* (Matheson Ormsby Prentice, Dublín) 761

- Italia: *Francesca Gesualdi* (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Milán)
C. Ferdinando Emanuele (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Roma) 789

- Letonia: *Ieva Kalnina* (Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra) 819

- Lituania: *Valija Vaitkute Pavan* (Lawin, Vilna)
Giedrė Černiauskė (Lawin, Vilna) 843

- Luxemburgo: *Michel Jimenez Lunz* (SJL/Sedlo Jimenez Lunz, Luxemburgo) 895

- Países Bajos: *Margriet de Boer (*De Brauw Blackstone Westbroek, Ámsterdam)
Rogier Schellaars (Simmons & Simmons, Ámsterdam) 911

- Portugal: *Sofia Martins* (Uría Menéndez - Proença de Carvalho, Lisboa) 941

- Rumania: *Levana Zigmund* (Tuca Zbarcea, Bucarest) 987

- Reino Unido: *Jan Kleinheisterkamp* (London School of Economics, Londres) 1015

- República Checa: *Alexander J. Bělohlávek* (Bělohlávek Law Offices, Praga) 1045

- Rusia: *Alina Bondarenko* (Estudio Jurídico Almagro, Madrid) 1069

- Suecia: *Erik Ficks* (Roschier, Estocolmo) 1101

- Suiza: *Anne-Carole Cremades* (Schellenberg Wittmer, Ginebra) 1127

- Turquía: *Ziya Akinci* (Akinci, Estambul) 1167

- Ucrania: *Olena Perepelynska* (Sayenko Kharenko, Kiev) 1201

Presentación

Faltaba un libro publicado en Latinoamérica sobre el arbitraje comercial internacional en Europa. Europa es la cuna del arbitraje comercial internacional moderno. No es así porque las reformas de Solón en Atenas atestiguan la existencia del arbitraje, así como la ley de las doce tablas en Roma. Este tipo de arbitraje arcaico se encontró en todas partes del mundo y no tenía ningún rasgo europeo especial. En las más antiguas comunidades, bajo todos los horizontes, las partes en litigio han sentido la necesidad de acudir a una persona sabia o de cabeza cana para resolver la disputa. Más que sobre la ley, este sabio se fundaba sobre la tradición o la religión para decidir. No tenía nada que ver con el árbitro que conocemos, con poderes de índole jurisdiccional, sin hablar del árbitro internacional, cuyos laudos se ejecutan al extranjero más fácilmente que las sentencias de los jueces nacionales.

Es cierto que el arbitraje comercial, con sus rasgos de hoy, tiene una larga tradición en Europa, desde la Edad Media, cuando los comerciantes tenían el privilegio de resolver sus disputas entre sí en las grandes ferias, con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de los laudos. Sin embargo, esta tradición desapareció progresivamente con la aparición de las naciones modernas y la confiscación del derecho y de su administración por el poder político. Es sólo después de la primera Guerra, con la creación de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en París en 1923, que se plantó la semilla para el renacimiento del arbitraje comercial internacional. Su crecimiento fue lento. La Convención de Nueva York del 10 de mayo de 1958 fue una primera etapa, pero una de prudente realismo, tal vez excesivo, al preferir el concepto de nacionalidad del laudo al laudo internacional propuesto por la CCI en su Proyecto de Convención de 1953. Sin embargo, no hay duda alguna de que contribuyó con éxito a la circulación internacional de los laudos arbitrales y a su eficacia más allá de las fronteras de los Estados. Lo anterior era un marco imprescindible para el desarrollo del arbitraje como método de resolución de litigios comerciales internacionales, pero fue sólo con la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional, firmada en Ginebra el 21 de abril de 1961 («*Convención Europea*»), cuando se concretaron los elementos constitutivos del arbitraje actual.

Esta convención se encuentra un poco olvidada y es raramente utilizada en la práctica actual, ya que sus soluciones han sido introducidas en los diversos derechos nacionales. Sin embargo, este instrumento contiene soluciones sin las cuales el ar-

bitraje comercial internacional no sería lo que es hoy en día. ¿Qué sería el arbitraje comercial internacional sin los principios de autonomía de la cláusula de arbitraje o sin el poder del árbitro para decidir sobre su propia competencia? Esos principios son afirmados por el artículo V (iii) de la Convención Europea. Esta convención estableció igualmente las bases de la libertad actual del árbitro en materia de determinación del derecho aplicable al fondo del litigio. Su artículo VII (1) reza que, a falta de elección por las partes del derecho aplicable al fondo, los árbitros aplicarán la ley designada por la regla de conflicto que ellos mismos estimen apropiada. Tal liberación de los árbitros de las reglas de conflicto del foro era un primer paso adelante, muy significativo, hacia las soluciones que, hoy, permiten a los árbitros aplicar las normas jurídicas que consideren apropiadas. La Convención Europea afirma con rotundidad que el Estado puede pactar cláusulas de arbitraje (art. II (1)) y, algo que aún sigue siendo objeto de controversia, permite en su artículo IX la ejecución de un laudo anulado en el país en el cual fue dictado. La anulación en el país de la sede del arbitraje, *per se*, no es un motivo de denegación del exequátur del laudo en otro país. Lo es únicamente si el motivo de la anulación cae dentro de los causales de denegación del exequátur según la propia Convención Europea. Si el motivo fue otro, el laudo puede ser reconocido y ejecutado a pesar de haber sido anulado en la sede del arbitraje. La senda está trazada por las sentencias *Hilmarton* y *Chromalloy*.

La Convención Europea no es interesante sólo por su contenido, sino también, en relación con este libro, por su historia. Si bien fue firmada en 1961, en plena guerra fría, fue en 1954, antes de la adopción de la Convención de Nueva York, cuando un grupo de trabajo de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas empezó a estudiar las divergencias entre los derechos nacionales que perturbaban las relaciones comerciales en Europa, en particular entre los países socialistas y los países con economía de mercado. La Convención Europea fue adoptada por 25 Estados, incluyendo todos los Estados socialistas de Europa más Cuba y casi todos los Estados con economía de mercado del continente europeo, con la notable excepción del Reino Unido. El hecho de que sus soluciones innovadoras en la época sean hoy elementos imprescindibles del marco jurídico del arbitraje comercial internacional o la expresión de tendencias liberales que todavía pueden ser consideradas como vanguardistas, demuestra la contribución esencial de Europa al arbitraje comercial internacional de hoy.

Sin embargo, un libro sobre el arbitraje comercial en Europa no se podría justificar sólo para reconocer el papel de Europa en el desarrollo del arbitraje moderno. En la economía globalizada de hoy, el arbitraje comercial internacional ha conquistado el mundo y el contexto de su desarrollo inicial poco importa. Cualesquiera que sean sus orígenes, los actores del comercio internacional se asemejan. Todos actúan del mismo modo en el mercado. Comparten los mismos objetivos de eficacia y rentabili-

dad financiera. Si los medios económicos son diversos, la meta es la misma: aumentar las utilidades del negocio. Los Estados persiguen una meta similar con los fondos soberanos. Todos necesitan un método de solución de litigios neutral y eficaz. En esta nueva economía, el papel de auxilio al comercio internacional desempeñado por el arbitraje está aceptado y el procedimiento arbitral se está estandarizando a nivel internacional. La hostilidad al arbitraje de muchos países en vía de desarrollo, casi general en los años setenta, desapareció en cuanto al arbitraje comercial, aunque sigue manifestándose en cuanto al arbitraje de inversión. Quedan pocos países cuyo derecho no sea favorable al arbitraje comercial internacional. No obstante, siguen existiendo diferencias significativas entre los diversos derechos nacionales.

El conocimiento de los derechos europeos de arbitraje ayuda a entender estas diferencias. Los comparatistas suelen agrupar los varios sistemas de derecho en grandes familias que presentan rasgos comunes. Las dos principales familias de sistemas jurídicos, la familia del *Civil Law* y la familia del *Common Law* se encuentran en Europa. La primera de estas familias incluye los derechos que tienen sus raíces en el derecho romano de la época de Justiniano y que, a partir del siglo XIX, adoptaron el método de codificación que se desarrolló en Europa continental, con el impulso de la codificación napoleónica que privilegiaba al Código Civil. Hoy esta familia abarca la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica, y también a muchos de África y de Asia. La familia del *Common Law* agrupa a los derechos derivados del derecho inglés cuyas raíces se encuentran también en el derecho romano, pero el anterior a la compilación justinianea. En Europa está representada no sólo por Inglaterra e Irlanda, sino también por Chipre. Sin embargo, la dispersión geográfica de esta familia jurídica es tan impresionante como la del *Civil Law.* Está presente en África, América, Asia y Oceanía. Aún más, su importancia en el mundo del arbitraje comercial internacional en Europa y en el mundo no se limita a su presencia geográfica. La tradición del *Common Law* ha impregnado hondamente en la práctica el procedimiento arbitral internacional en cuanto a la presentación de la prueba testifical, así como de la prueba pericial, y ha influido en la presentación de la prueba documental, aunque menos. La presentación de los derechos europeos del arbitraje comercial internacional tiene tres ventajas esenciales: (a) permite conocer el derecho de un país europeo determinado cuando la sede del arbitraje está fijada en ese país; (b) es una iniciación al derecho comparado del arbitraje, en la cual se confirma que la pertenencia a una misma familia jurídica no resulta forzosamente en una identidad, ya que las diferentes tradiciones nacionales pueden presentar divergencias importantes, ya se trate del derecho sustancial o procesal; (c) ofrece datos fundamentales para entender el origen y las características del procedimiento arbitral moderno, cuyas raíces están tanto en la familia del *Civil Law* como en la familia del *Common Law*.

Sin embargo, el interés de este libro no se limita a estas evidentes ventajas. El derecho comparado usa principalmente la fotografía, ya sea en la presentación del estado de un derecho o de su historia. Eso corresponde a la segunda parte del libro, que describe el derecho del arbitraje comercial internacional de 27 países europeos, con valoraciones doctrinales, lo que va, sin duda, más allá de la fotografía. Su interés es enorme.

Permite, *inter alia*, la constatación de que, aunque muchos de los países europeos basaron su derecho moderno del arbitraje sobre la Ley Modelo de la CNUDMI, un número significativo de países cuya tradición en materia de arbitraje comercial internacional es antigua, prefirieron modernizar su derecho dentro de su marco histórico: es el caso de Francia, Inglaterra y Suiza. Pone también de manifiesto que sólo en algunos países europeos se distinguen normas aplicables al arbitraje internacional y normas aplicables al arbitraje doméstico. Es el caso de Grecia, Francia, Italia, Rusia y Suiza.

Llama particularmente la atención que una misma institución pueda tener un contenido distinto en países diferentes. El concepto de autonomía de la cláusula de arbitraje es un buen ejemplo. En la gran mayoría de los derechos europeos, significa la autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato en el cual está contenida. La inexistencia, la nulidad, la caducidad, la resolución o la rescisión del contrato no afectan a la validez y eficacia de la cláusula arbitral. Éste es el sentido tradicional del concepto de autonomía, también aludido como «separabilidad» en algunos sistemas jurídicos. Ahora bien, en derecho francés, este término designa dos cosas diferentes que conviene distinguir: en primer lugar, el concepto tradicional; pero con el tiempo otro sentido se agregó a la noción de autonomía del acuerdo arbitral, aunque quizás impropiamente: la autonomía del mismo con respecto a toda ley estatal. El concepto de autonomía está siendo utilizado por la jurisprudencia francesa para justificar que una cláusula de arbitraje pactada en materia internacional sea válida con base en la sola voluntad de las partes, sin referencia a una ley estatal, siempre que se respeten las normas imperativas y el orden público internacional francés.

Así se percibe que la autonomía es un «*faux ami*». No es el único. El uso de la palabra «*witness*» en los derechos europeos es también equívoco. Es una materia en la cual hay mucha confusión a nivel internacional. Los conceptos de «*testigo*», de «*témoin*» y de «*witness*» no son equivalentes y el papel asignado a cada uno de ellos en su respectivo sistema jurídico de origen tampoco lo es. En los países europeos de tradición civilista, es la independencia del testigo lo que da valor a su declaración. Eso explica que, en la mayor parte de esos países, una persona no pueda declarar como testigo si tiene una relación familiar o profesional con una de las partes. En los derechos de la familia de la *Common Law*, toda persona puede testificar, incluso si es

dependiente de una de las partes o si tiene interés directo en el litigio. En el arbitraje internacional, cuando se usa la palabra testigo o «*témoin*», se entiende «*witness*», lo que significa que, en la práctica, las palabras originarias de un sistema nacional pasan por un filtro creado por el sincretismo que estandarizó el procedimiento en el arbitraje comercial internacional.

Peores que los «*faux amis*» en las relaciones entre los derechos europeos aplicables al arbitraje comercial internacional son las falsas equivalencias de soluciones. En los derechos modernos, la firma de una cláusula de arbitraje no es una condición de su validez. La firma es sólo un modo de expresar la intención de aceptar la cláusula de arbitraje. Esta intención se puede manifestar de otra manera, por actos concretos que significan la voluntad de adherir a una cláusula de arbitraje firmada por otras partes. Sin embargo, las diversas tradiciones jurídicas nacionales no tienen el mismo enfoque cuando se trata de analizar la intención de las partes. El famoso caso *Dallah* es un ejemplo característico de esas divergencias. La Corte Suprema inglesa confirmó en 2010 que un laudo arbitral emitido en París no podía ser reconocido en Inglaterra. El motivo aducido para este rechazo fue que los árbitros aplicaron mal el derecho francés al decidir que una parte estaba vinculada por una cláusula de arbitraje a pesar de ser no signataria. La Corte de Apelación de París llegó a la conclusión contraria mediante una sentencia del año 2011, en la cual opinó que los árbitros habían justificado correctamente su decisión de aplicar la cláusula de arbitraje a la parte no signataria. Este ejemplo demuestra que, aunque existieran soluciones idénticas en Francia y en Inglaterra, la equivalencia es falsa, ya que su aplicación en la práctica llega a conclusiones opuestas.

Si la segunda parte del libro permite comparar interesantes fotografías de los derechos europeos, no hay duda de que en la primera parte, el arte cinematográfico ha reemplazado a la foto. Reúne interesantes artículos sobre aspectos actuales del arbitraje comercial internacional en Europa que contienen reflexiones de índole prospectiva. Ya no es una visión estática del arbitraje, sino la introducción del movimiento al tema, para el mayor provecho del lector. No se pueden enumerar todos los temas tratados en esta primera parte, pero todos llaman la atención. Algunos interesarán más a un lector que al otro, según inclinación personal. Pero la lectura de cada uno es fuente de reflexión.

Un libro sobre el arbitraje comercial internacional en Europa no puede pasar por encima de las relaciones entre del Derecho de la Unión Europea y el arbitraje. Algunos de los mejores especialistas de este complicado tema han contribuido a este libro. Sin embargo, en el tiempo de elaboración de esta obra se debatió y finalmente se aprobó el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, del Parlamento y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales

en materia civil y mercantil, publicado en el Boletín Oficial de la UE el 20 de diciembre de 2012.

A tenor del art. 81 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, éste será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.

El Reglamento (UE) n.º 1215/2012 sustituye al Reglamento n.° 44/2001, pero aunque al igual que este último no se aplique al arbitraje (art. 1.2), resulta interesante que el Considerando 12 señale que:

> Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional.
>
> A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental.
>
> Por otra parte, el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.
>
> Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («el Convenio de Nueva York de 1958»), que prevalece sobre el presente Reglamento.
>
> El presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna

> acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.

Esta presentación sería incompleta si no se mencionara la extraordinaria labor realizada por Jorge Luis Collantes González y Anne-Carole Cremades, sus directores, cuyo trabajo y tenacidad permitieron la realización del trabajo, y la dedicación del coordinador, Marco de Benito Llopis-Llombart, que garantizó su calidad.

En su prólogo, Bernardo Cremades recuerda el trabajo de pioneros que realizamos juntos, él y yo, hace años, en particular en Latinoamérica. Con la publicación de este libro en Lima, en la *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* que ya contribuyó tanto a la difusión de la literatura arbitral en Latinoamérica, los jóvenes aficionados del arbitraje que acabo de mencionar están perfeccionando nuestro trabajo a un nivel admirable.

París, 28 de enero de 2013

Yves Derains

Prólogo

Con mucho gusto acepto la invitación de Jorge Luis Collantes y Anne-Carole Cremades para prologar el excelente libro *«El arbitraje comercial internacional en Europa»*. Creo que se trata de una magnífica iniciativa, que presenta contribuciones sobre el arbitraje comercial internacional en los diferentes países de Europa. La publicación viene precedida de una interesante primera parte, dedicada a aspectos actuales del arbitraje internacional en Europa y unas sugestivas contribuciones sobre el arbitraje en el contexto del Derecho de la Unión Europea.

En este libro se dan cita juristas de muy diversa procedencia, hispanoparlantes, francófonos, anglosajones e importantes contribuciones de Alemania, Rusia, Portugal o República Checa, entre otros muchos.

Intervenir conjuntamente con Yves Derains me trae el recuerdo de tantos años y tantas vivencias en el largo caminar del arbitraje internacional, institución que se ha abierto paso en nuestra generación. Muy jóvenes ambos circulábamos por todos los países de la América Latina y, después, del Extremo Oriente hablando de las posibilidades del arbitraje como método para la solución de conflictos internacionales. Desde aquel entonces hasta hoy hemos comprobado el excepcional desarrollo del arbitraje internacional, a lo ancho y a lo largo de la geografía mundial. Muchos han venido después a protagonizar la realidad actual del derecho internacional: resulta extraño encontrar contratos del tráfico mercantil internacional que no contengan cláusula arbitral y, por otro lado, la verdadera protección jurídica del inversor extranjero radica hoy en la posibilidad de plantear sus posibles desavenencias con el Estado receptor de su inversión ante un procedimiento de arbitraje internacional.

En los múltiples seminarios y conferencias en los que presentábamos el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se producía una doble reacción. Los asistentes escuchaban con atención nuestras intervenciones sobre temas muy ajenos a su realidad mercantil de aquel entonces, despertando un interés más teórico y utópico que práctico. En bastantes círculos provocaba la crítica, a veces violenta con profunda carga política, la que surgía de la alergia al arbitraje como agresión a la soberanía estatal. La América Latina nos recibía con la famosa Doctrina Calvo.

El derecho internacional privado que estudiábamos en las facultades de derecho tenía un contenido principalmente nacional, los Estados actuaban a modo de reinos de taifas y nuestros maestros se interesaban principalmente por un derecho internacional privado de contextura conflictual. En estos años hemos visto como, principalmente como consecuencia del aluvión jurídico de los numerosos procedimientos de arbitraje comercial internacional, ha pasado a ser un derecho internacional de la cooperación económica y, finalmente, de la globalización.

El arbitraje comercial internacional se abre paso en la década de los años setenta y ochenta como producto del derecho comparado que ciertos maestros y facultades enseñaron en la Europa de la posguerra. El arbitraje internacional en aquella época estaba fundamentalmente protagonizado por un conjunto de profesores y profesionales del derecho en torno a la Cámara de Comercio Internacional y que cristalizó en un grupo de amigos en el *International Council for Commercial Arbitration*, la famosa ICCA.

El arbitraje internacional se desarrollaba en muy pocas ciudades, París, Ginebra, Ámsterdam, Londres o Nueva York. Hoy estas ciudades siguen siendo importantes en el arbitraje internacional, pero sin duda han perdido su protagonismo exclusivo. Muchos arbitrajes tienen hoy lugar en lugares y países muy distintos y, especialmente, en la América Latina.

La labor realizada por Naciones Unidas a través de su organismo UNCITRAL ha sido muy determinante a la hora de introducir una nueva cultura arbitral en el mundo de los negocios. El Convenio de Nueva York de 1958 es hoy el instrumento jurídico internacional con mayor número de ratificaciones estatales. Por eso, es lógico que UNCITRAL elaborara primero una Ley de Arbitraje para los procedimientos *ad-hoc*, en cuya redacción fue tan importante la intervención del ICCA. Después la Ley Modelo de Arbitraje ha hecho fortuna sirviendo de forma determinante para que los Estados fueran modificando sus legislaciones domésticas siguiendo el ejemplo del modelo elaborado por UNCITRAL.

En el plano operativo, la actuación del tribunal de arbitraje para la resolución de los conflictos entre Irán y los Estados Unidos de América ha sido determinante. En torno a dicho tribunal se ha elaborado una doctrina y sobre todo se interesó a los grandes despachos anglosajones por el arbitraje internacional. Las grandes estructuras de la abogacía toman conciencia de la importancia económica que el arbitraje podía tener en sus actividades profesionales. Es el momento de los grandes arbitrajes conectados a los petrodólares en la contratación del Oriente Medio. Surge la gran industria del arbitraje internacional que tan importantes honorarios aportaba para alimentar las grandes estructuras que iban surgiendo.

Posteriormente, y de manera especial en torno al Banco Mundial, el arbitraje internacional iba a tener un desarrollo espectacular en la protección de las inversiones. La privatización de los servicios y la necesidad de una enorme financiación llevó a plantearse el tema de la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras. Los organismos internacionales exigieron la ratificación de tratados bilaterales y multilaterales en los que la cláusula de sometimiento al arbitraje internacional por los Estados receptores de la inversión era una condición imprescindible para el desarrollo económico. Las viejas reticencias de la Doctrina Calvo en la América Latina dejaron paso a la ratificación masiva, primero del Convenio de Washington de 1965 y, después, de múltiples tratados para la protección de las inversiones. La importancia de estos arbitrajes, la relevancia de las personalidades que protagonizan dichos tribunales arbitrales y la transparencia en la que realizan su actividad han dado un extraordinario protagonismo a este tipo de arbitrajes. Hasta tal punto que hoy en día están en la cresta de la ola ante duras críticas políticas que llevan al mismo cuestionamiento del arbitraje internacional en cualquiera de sus modalidades.

Muchos de los arbitrajes internacionales, comerciales o de protección de inversión, se desarrollan hoy en el mundo hispánico. Los procedimientos tienen lugar hoy en español. Las partes aceptan cada vez más como sedes arbitrales ciudades en la América Latina. Árbitros españoles y latinoamericanos están adquiriendo un gran prestigio. Tantos y tantos tribunales de arbitraje están decidiendo los conflictos en aplicación de uno de los derechos hispánicos. La jurisprudencia que ha surgido está conformando el derecho internacional que poco a poco va abandonando el protagonismo exclusivo del mundo anglosajón o el añorado mundo francés de nuestra juventud.

El moderno derecho internacional del arbitraje se está haciendo día a día. Al redactar ciertas sentencias arbitrales los árbitros tenemos plena conciencia de que, en palabras de Antonio Machado, hacemos el camino al andar. Por eso, la aparición de un nuevo libro que combine las técnicas del derecho comparado con las reflexiones sobre el arbitraje internacional en un mundo de integración europea o de globalización económica, es algo de enorme interés. Supone un reflexivo parón en nuestra actividad profesional para hacer balance de lo obtenido en estos breves pero intensos años de actividad profesional en el arbitraje internacional.

Madrid, 7 de junio de 2012

Bernardo M. Cremades

Nota del Editor

Nuestro Estudio inició sus actividades en abril de 1993, cuando quien escribe estas palabras empezó el ejercicio profesional de manera complementaria a la que en ese momento representaba su principal actividad, que no era otra que el dictado de cursos en la Universidad y la investigación académica.

En los ocho años siguientes el peso de ambas actividades se fue invirtiendo, de manera tal, que en julio del año 2000 decidimos emprender la apertura formal de nuestro Estudio de Abogados constituido como una persona jurídica.

En todos estos años (desde 1993) han pasado por el Estudio diversos alumnos de Derecho, muchos de ellos brillantes, varios de los cuales hoy en día integran nuestra plana de abogados, asistentes y practicantes.

Pero debo señalar que constituye un común denominador de todos los que ejercemos aquí la profesión, el combinar de manera permanente la investigación académica con el ejercicio profesional.

Es más, varios de los libros que hemos publicado en los últimos años, se han basado en experiencias obtenidas del análisis de consultas profesionales o de casos en los cuales hemos ejercido la defensa de alguna de las partes.

En nuestro Estudio tenemos la consigna de que todo aquel tema profesional que revista notorio interés académico, debe convertirse —naturalmente, en abstracto— en un artículo para una revista o en un libro, si la importancia y alcances así lo permitieran.

Dentro de tal orden de ideas, es precisamente esta vocación por lo académico, la que hizo que en el año 2005 nos propusiéramos crear una colección bibliográfica en la que participaran activamente los miembros del Estudio. Se llamaría Biblioteca de Arbitraje y la idea era que parte de esos libros fuesen escritos por miembros del Estudio y otra parte por profesores y abogados ajenos a nuestra institución, a quienes convocaríamos para tal efecto.

El primer arbitraje que vimos en el Estudio fue en 1998, en el que asesoramos a un cliente durante la etapa postulatoria del arbitraje, habiendo tenido una muy ingrata experiencia con respecto a la actuación, no sólo de nuestra contraparte, sino de la institución arbitral encargada de su administración.

Es, tal vez, este primer contacto ingrato con la institución del arbitraje el que hizo que no nos dedicáramos a esta materia hasta el año 2001, fecha en la cual, quien escribe estas líneas, fue nombrado formalmente árbitro por primera vez.1

Es a partir de allí que nuestro Estudio y quienes lo integran, empezamos a dedicarnos al arbitraje, ya sea en el ejercicio de la función de árbitro, secretarías arbitrales, o como abogados defensores en arbitrajes.

El Estudio inició en el año 2006 la publicación de su Biblioteca de Arbitraje con el libro «Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia», escrito por mi compañero de estudios universitarios, el abogado Ricardo Vásquez Kunze y yo.

El segundo volumen llevó por título «Arbitraje y debido proceso» y fue publicado pocos meses después, en el año 2007.

Luego, se publicaron los volúmenes 3 y 4 «El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho» (2007); 5 y 6 «Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007» (2008); 7 «El Arbitraje en la Contratación Pública» (2009); 8 «Ponencias del II Congreso Internacional de Arbitraje 2008 (2009); 9 y 10 «Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales» (2009); 11 «Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica» (2010); 12 «Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2009» (2010); 13 «Panorama actual del arbitraje» (2010); 14 «La anulación del laudo» (2011 —los volúmenes 15 y 16, relativos a esta misma materia, están próximos a aparecer—); 17 «¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN» (2011); 18 «Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)» (2011); 19 «La Relación Partes-Árbitro» (2012); 20 «Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010» (2012); y 21 «Arbitraje y Constitución» (2012).

Es así que hemos llegado al volumen 22 de la Biblioteca de Arbitraje titulado «Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)» (2013).

---

1 Sin embargo, no quiero olvidar un caso previo, aunque bastante informal, en el cual dos buenos amigos me pidieron que fuese árbitro único en un proceso carente de toda formalidad y que concluyó con un laudo que preservó la amistad entre ambos, quienes a la sazón, querían definir el carácter medianero o no de la pared que dividía sus residencias.

Debo recordar que cuando en diciembre del año 2006 apareció el primer volumen de la Biblioteca de Arbitraje de nuestro Estudio, se constituyó en la cuarta publicación periódica sobre la materia, pues la precedían la revista virtual del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la revista virtual de arbitraje de un grupo de profesionales en la materia y una revista en formato papel, también dirigida por otro grupo de profesionales y académicos de la especialidad.

Resulta complicado mantener una publicación periódica con vigencia en el tiempo.

A nuestra institución le cuesta mucho esfuerzo el promover y difundir la Biblioteca de Arbitraje, la misma que, en la actualidad y ante la desaparición de las tres publicaciones antes mencionadas, se ha constituido en la colección periódica peruana más antigua sobre la materia y con más volúmenes publicados.

Los libros de la Biblioteca de Arbitraje, además, vienen siendo incorporados paulatinamente a la página web de nuestro Estudio de Abogados y aspiramos a que en el mes de abril del presente año, esté la colección completa en Internet, con acceso libre, tanto para consulta como para impresión de documentos.

Debemos señalar que nuestra institución considera la publicación de la Biblioteca de Arbitraje, como una contribución al desarrollo y difusión del arbitraje en el Perú y en los países con los que tenemos contacto profesional como Estudio de Abogados.

Es así que la inmensa mayoría de los ejemplares que editamos con cada número, son obsequiados a especialistas en la materia y sólo un muy reducido número es vendido casi simbólicamente, para mantener la buena relación que tenemos con nuestra casa editorial. Sin embargo, la Biblioteca de Arbitraje es, en su integridad, una contribución de nuestro Estudio al Derecho y al Arbitraje.

Resulta también muy satisfactorio que esta obra, que versa sobre los aspectos fundamentales del arbitraje en Europa, no sea publicada en el «viejo continente», sino en el Perú.

Estamos muy orgullosos de ello, pues el arbitraje es, tal vez, el área del Derecho que tiene más aspectos comunes en el mundo. Se podría hablar de la universalidad del arbitraje, cuyas instituciones trascienden en muy buena medida, cualquier compartimiento estanco que tradicionalmente imponen los derechos nacionales.

De ahí que una obra sobre arbitraje sea útil, prácticamente, en cualquier lugar del mundo.

Este volumen «Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)» es una idea de mi compatriota, el licenciado Jorge Luis Collantes González, abogado y profesor de la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona); y se trata de una obra que dirige conjuntamente con mi también gran amiga Anne-Carole Cremades, abogada de Schellenberg Wittmer (Ginebra).

La obra está coordinada por Marco de Benito Llopis-Llombart, profesor del IE Law School (Madrid).

Además, el libro cuenta con la presentación de mi amigo, el ilustre Yves Derains (Derains Gharavi, París) y el prólogo del maestro Bernardo M. Cremades (B. Cremades & Asociados, Madrid).

Esta obra cuenta con la participación de cuarenticinco muy pretigiosos abogados y profesores expertos en arbitraje, de los más diversos países de Europa.

La misma se divide en dos partes. La primera, relativa a los aspectos actuales del arbitraje comercial internacional en Europa; y la segunda, referida a los regímenes arbitrales, entendidos como herramientas para diálogo y debate entre la práctica arbitral y el entorno académico.

No quiero terminar estas palabras sin expresar mi más profunda felicitación y agradecimiento a los directores y al coordinador de la obra, por el desarrollo de tan magnífica idea y la tenacidad y perseverancia que han tenido en llevarla adelante.

Quiero resaltar, especialmente, la labor de Jorge Luis Collantes González, cuyos emprendimientos académicos son, prácticamente, infinitos.

Jorge Luis siempre se ha constituido en un activo promotor e ideólogo de grandes iniciativas que han conducido a la elaboración de obras colectivas publicadas, tanto en Europa como en México y el Perú y, en los últimos años, se ha convertido en uno de los pilares fundamentales que sostiene la vigencia de la Biblioteca de Arbitraje, pues él ha venido y viene coordinando todas las iniciativas en donde la Biblioteca de Arbitraje convoca la participación de abogados y profesores extranjeros.

Asimismo, me parece excelente que un académico por naturaleza, haya incursionado el año 2012 en la cátedra universitaria, al haber sido convocado para dictar, como lo viene haciendo, en la prestigiosa Universidad Internacional de Cataluña.

También quiero agradecer profundamente a la señora Mónica Benavides Segura, quien se ha encargado de la corrección formal de todos los textos de los veintidós volúmenes de la Biblioteca de Arbitraje, así como de la inmensa mayoría de los otros libros publicados por nuestro Estudio, cuya autoría en varios de ellos corresponde al suscrito, los mismos que integran la segunda colección institucional denominada Biblioteca de Derecho.

En suma, como editores de la obra, nuestro Estudio está muy complacido de presentarla al medio académico y profesional del arbitraje europeo y latinoamericano.

Lima, febrero del 2013

Mario Castillo Freyre

---

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. www.castillofreyre.com.

Trayectorias profesionales

LUIS CAPIEL

Luis Capiel es abogado en el grupo de Litigación y Arbitraje Internacional-Mediación de Uría Menéndez, oficina de Madrid. Ha intervenido, como abogado de parte y secretario de tribunales arbitrales, en arbitrajes comerciales internacionales y de inversión, tanto *ad-hoc* como administrados por las cortes de arbitraje de la CCI, de las Cámaras de Comercio de Zúrich, Estocolmo y Madrid, la LCIA y el CIADI.

Licenciado en Derecho por la Universidad Humboldt de Berlín (2003), y LL.M. (*First Class Honours*) en *Commercial Law* por la Universidad de Auckland (2007), está colegiado en Múnich (2007) y Madrid (2008).

Antes de incorporarse a Uría Menéndez ejerció la abogacía en despachos en Alemania, Argentina y España, y se desempeñó como *Rechtsreferendar* con el Tribunal Superior de Berlín (*Kammergericht*).

Es miembro de la Institución Alemana de Arbitraje (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), del grupo de abogados jóvenes de la LCIA (YIAG) y del Club Español del Arbitraje, de cuyo grupo de abogados jóvenes (CEA –40) ha sido coordinador.

CHRISTIAN KOLLER

Christian Koller, Doctor en Derecho, es Profesor asociado e investigador post-doctoral en el Departamento de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Viena. Desde el 2009 al 2011 fue investigador post-doctoral y *Erwin-Schrödinger-Fellow* en la Universidad de Zúrich.

El Dr. Koller está especializado en litigación y arbitraje comercial internacional. Sus áreas de interés pasan por el Derecho Procesal Civil y sus relaciones con el Derecho Privado, Derecho Concursal, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado.

Es Copresidente en funciones de *Young Austrian Arbitration Practitioners* (YAAP).

ALICE FREMUTH-WOLF

Alice Fremuth-Wolf, árbitro y mediadora, trabaja en el *Vienna International Arbitral Centre-VIAC*.

Antes de fundar su propia firma, Fremuth & Co., fue socia de Baker & McKenzie Kerres & Diwok (2003-2004), voluntaria en el Departamento de Arbitraje de UNCITRAL en Viena (2003), socia del despacho Wolf Theiss (1999-2001) y Profesora ayudante del Profesor Walter H. Rechberger en la Universidad de Viena (1995-1999).

Desde 2004 es Profesora en la Universidad de Viena, donde dirige el equipo de esa Universidad en el *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court.*

Ha presidido *Young Austrian Arbitration Practitioners* (YAAP).

CAROLINE VERBRUGGEN

Caroline Verbruggen es *counsel* de DLA Piper en Bélgica, y miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de DLA Piper en ámbito global.

Su principal área de práctica es la resolución de controversias, ante tribunales estatales y arbitrales. En especial, representa y asesora a clientes en litigación con elementos de arbitraje y mediación. Ha sido en varias ocasiones árbitro único y presidente de tribunal arbitral (CEPANI, ICC, *ad-hoc*), con sede en Bruselas o París. Además, está cualificada en Bélgica como mediadora en asuntos civiles y mercantiles.

Caroline Verbruggen fue Profesora ayudante de Contratos y Obligaciones en la Universidad Libre de Bruselas. Es autora de numerosas publicaciones sobre principios generales del Derecho de contratos, regulación financiera y arbitraje internacional, de entre las que destacan sus recientes contribuciones en materia de independencia e imparcialidad de los árbitros y la búsqueda de la verdad en el arbitraje.

Es miembro de la Comisión de Arbitraje de la CCI, del Consejo Científico de CEPANI y del Consejo Editorial de CEPANI *Newsletter*.

DARÍA GOLDSTEIN

Daría Goldstein es una abogada belga-argentina con experiencia en Derecho europeo e internacional y arbitraje internacional. Daría se licenció en la Universidad Libre de Bruselas y cursó un LL.M. en Derecho Internacional en la Universidad de Georgetown. Pertenece al Colegio de Abogados de Bruselas desde 1994.

Daría es abogada principal del Departamento Legal del Banco Mundial desde 1999, asesorando sobre los aspectos jurídicos de las actividades del Banco Mundial como institución financiera internacional en diversos países de Iberoamérica, África y Europa del Este. Actualmente, es la responsable de los aspectos jurídicos

de las relaciones entre el Banco Mundial y la Unión Europea y los países que la componen.

En el ámbito del arbitraje internacional, Daría ha trabajado en el CIADI, prestando funciones de apoyo en procedimientos arbitrales y en la constitución de comisiones de conciliación, tribunales arbitrales y comités *ad-hoc*. Anteriormente, trabajó también en la OMC; en las oficinas de Bruselas y Washington, D.C. del bufete Weil, Gotshal & Manges; en la OIT en Ginebra; en la Comisión Europea en Bruselas; y en la Cancillería y Gabinete del Jefe de Estado del Gobierno Argentino en temas relacionados con el Mercosur, en Buenos Aires.

ALEXANDER KATZARSKY

Alexander Katzarsky es socio de Georgiev, Todorov & Co. Law Offices y Profesor asociado de Derecho de Contratos y Derecho Societario en las Universidades San Clemente Ohridski de Sofía y San Cirilo y San Metodio de Veliko Tarnovo. Sus áreas de especialidad son la litigación y el arbitraje, el Derecho Civil —en especial relacionado con la construcción— y el Derecho Mercantil —en especial, societario y contratos internacionales—.

Es árbitro, *Member* del *Chartered Institute of Arbitrators* de Londres, Vice-Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria y árbitro y conciliador nombrado por el Gobierno de Bulgaria en el CIADI.

Alexander Katzarsky ha participado como consultor en diversos grupos de trabajo organizados en el Ministerio de Justicia sobre la Ley Mercantil y la Ley del Registro Mercantil búlgaras. Ha sido también miembro del Consejo Consultivo sobre Legislación en la Asamblea Nacional de Bulgaria.

HENRIETTE GERNAA

Henriette Gernaa es socia de Gorrissen Federspiel, oficina de Copenhague. Su actividad se centra en el arbitraje internacional.

Ha actuado como abogada de parte en arbitrajes de gran cuantía sobre construcción, distribución y seguros, y como árbitro en arbitrajes ante la CCI y el Instituto Danés de Arbitraje. También litiga ante los tribunales nacionales del Estado, en especial en asuntos de responsabilidad profesional.

Henriette Gernaa tiene un Máster jurídico de la Universidad de Copenhague (1993). Fue admitida en la barra danesa en 1996 y obtuvo el título de *Solicitor of England and*

Wales en 1999. Antes de entrar en Gorrissen Federspiel en 2001, estuvo en el bufete Bech-Bruun & Trolle (luego, Bech Bruun) y en la oficina londinense de Lovells (luego, Hogan Lovells). Posee derecho de audiencia ante el Tribunal Supremo danés y es mediadora certificada IT.

Henriette Gernaa da clases sobre Derecho Arbitral en las Universidades de Copenhague y Aarhus. Desde el año 1995 participa en el *Vis Moot*, como *coach* o como árbitro.

Es vocal del Comité de Litigios del Colegio de Abogados danés y miembro de IBA, LCIA y la Asociación Danesa de Arbitraje, de cuyo consejo de dirección ha formado parte.

CLAUS RICHTER WEIGELT

Claus Richter Weigelt trabaja en el grupo de resolución de controversias de Gorrissen Federspiel, Copenhague.

Su experiencia se centra en arbitrajes relacionados con las finanzas, la construcción y la energía. Ha actuado ante el *Singapore International Arbitration Centre*, la CCI y el Instituto Danés de Arbitraje. También tiene experiencia en litigación concursal.

Cursó un Máster jurídico en la Universidad de Aarhus y un LL.M. en *King's College* (2008). Trabajó en una firma londinense antes de volver a Gorrissen Federspiel en 2009. Da clases sobre arbitraje en la Universidad de Aarhus y actúa como ponente en foros profesionales.

Es miembro de la Asociación Danesa de Arbitraje y de la Asociación Danesa de Abogados Litigantes.

MORTEN MIDTGAARD PEDERSEN

Morten Midtgaard Pedersen trabaja como ayudante en el grupo de resolución de controversias de Gorrissen Federspiel, Copenhague, desde el 2010.

Se licenció en la Universidad de Chile (2009), trabajó en el consulado danés en San Pablo, Brasil, y cursó un Máster en la Universidad de Copenhague (2010).

Tiene experiencia en litigación y arbitraje internacionales, especialmente en el área del Derecho Marítimo.

Forma parte de la sección danesa del *Comité Maritime International*.

KATARÍNA ČECHOVÁ

Katarína Čechová is a founding partner at Čechová & Partners, Bratislava (Eslovaquia).

En sus veintiocho años de experiencia ha trabajado en una amplia variedad de operaciones mercantiles, especialmente M&A, reestructuraciones, financiación corporativa y de proyectos, y ha participado en múltiples litigios y arbitrajes, algunos administrados por la CCI con sede en París y Viena.

Ha fungido como árbitro internacional durante más de quince años en arbitrajes administrados por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Eslovaquia, la CCI e UNCITRAL, en especial en materia de *Oil & Gas*.

Katarína fue Profesora Asociada de Derecho Mercantil y Financiero en la Universidad Comenius de Bratislava de 1996 a 1998. Desde el 2009 es consultora del Ministerio de Justicia de la República de Eslovaquia para asuntos concursales y reestructuraciones. Fue admitida en el Colegio de Abogados flamenco de Bruselas en el 2002 y dirigió la oficina de Bruselas de Čechová & Partners desde el 2002 al 2005.

PIRKKA-MARJA PÕLDVERE

Pirkka-Marja Põldvere es socia de Aivar Pilv Law Office –firma integrada en la alianza internacional TAGLaw– en Tallin, Estonia.

Pirkka-Marja Põldvere se licenció en Derecho en la Universidad de Tartu, Estonia (2002), se colegió en Estonia (2003) y cursó un Máster en Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad de Estocolmo (2004). Antes de incorporarse a Aivar Pilv Law Office trabajó seis años en Raidla Leijins Norcous.

Desde 2006 Pirkka-Marja da clases de arbitraje y Derecho procesal civil internacional en la Universidad de Tartu, así como de Derecho mercantil en diversos foros. Es autora del capítulo sobre arbitraje del libro *Rahvusvaheline eraõigus* (Derecho Internacional Privado), 3.ª Ed., Juura, 2008, y de varios artículos.

Pirkka-Marja aparece recomendada en diversos directorios internacionales, como *The Legal 500*, *Chambers Global* and *Best Lawyers*.

ADRIANA CASANDRA ARAVENA-JOKELAINEN

Adriana Casandra Aravena-Jokelainen trabaja como letrada del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia. En la actualidad forma parte de la Comisión Revisora de los Reglamentos del Instituto.

Formada en el área del comercio internacional e industria, se tituló de *Industriekaufmann* bilingüe español-alemán en el Instituto Superior Alemán de Comercio de la ciudad de Santiago de Chile. Estudió luego Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción, Chile, obteniendo el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Cuenta además con un postítulo en Bioseguridad, cursado en la Universidad de Concepción en conjunto con la ONUDI (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial) y un Diploma en Estudios Europeos otorgado por la misma casa de estudios.

Ha ejercido la abogacía en Chile y Finlandia. En Chile, trabajó en el estudio jurídico Münzenmayer, de Concepción. En Finlandia, formó parte del grupo de arbitraje internacional del bufete Roschier, adquiriendo experiencia en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones.

Es miembro de la Asociación Finlandesa de Arbitraje y la Asociación Finlandesa de Derecho Internacional.

JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR

Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor es Licenciado en Derecho por las Universidades de París y de Zaragoza y Doctor en Derecho por la de París. Está inscrito en los Colegios de Abogados de Zaragoza, Madrid y París, y tiene despacho abierto en estas dos últimas ciudades.

Fue la primera persona de nacionalidad no francesa que fue elegida para formar parte de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de París. Ha sido diputado de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid hasta el 2012. Presidió la Unión Internacional de Abogados, de la que es actualmente Presidente de Honor. Desde 1969 hasta el 2002 fue miembro, en representación del Comité Nacional español, de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Es Académico de Número de la Real Academia de Bellas Artes de San Luis y de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia.

Desde finales de los años sesenta, interviene como abogado o como árbitro en numerosos arbitrajes nacionales e internacionales. Es, asimismo, autor de diversas publicaciones sobre temas jurídicos e históricos, especialmente en temas de arbitraje.

BRUNO ROCA GRAU

Bruno Roca Grau, socio de J.A. Cremades y Asociados, oficina de Madrid, ejerce como abogado en los Colegios de París (1992), Madrid (1991) y Valencia (1988).

Es diplomado en Contabilidad (IFAA, 1984) y Comercio Exterior (CCINV, 1985), Licenciado en Derecho (Universidad de Valencia, 1986) y Máster en Fiscalidad de la Empresa (EdE Valencia, 1986) y en Derecho Europeo (IEE-Universidad Libre de Bruselas, 1987).

Sus especialidades son el Derecho mercantil —fundamentalmente, competencia, societario y M&A— y el Arbitraje Comercial y de Inversión, donde lleva más de veinte años asesorando y participando regularmente como abogado de parte, y en ocasiones como árbitro, en arbitrajes *ad-hoc* e institucionales, tanto nacionales —CMAP de París, Corte de Arbitraje de Madrid, Tribunal Arbitral de Barcelona— como internacionales —CCI, CCJA-OHADA—.

Participa activamente como ponente en seminarios y conferencias relacionadas con el arbitraje y ha publicado diversos artículos sobre dicha materia.

Es miembro del *Comité Français de l'Arbitrage* y del Club Español del Arbitraje.

NIKI K. KERAMEUS

Niki K. Kerameus es socia de Kerameus & Partners, en Atenas, y su práctica se centra en los campos del arbitraje y la litigación internacionales. Tiene amplia experiencia en estas materias en tres jurisdicciones (Nueva York, Francia y Grecia). Es, asimismo, asesora de Fulbrook Capital Management LLC, una compañía de *third-party funding*.

Se licenció en Derecho en la Universidad de París II (*Panthéon-Assas*), donde cursó asimismo un Máster en Derecho Internacional Privado y Arbitraje (en ambos programas *summa cum laude* y con el n.º 1). Posee también un LL.M. de Harvard Law School (*focus on international arbitration*).

Antes de incorporarse a Kerameus & Partners, trabajó largo tiempo en el departamento de litigios de Cravath, Swaine & Moore LLP en Nueva York. Ha participado en asuntos financieros de gran relevancia, como los casos de *securities* Enron, AOL-Time Warner y ERISA, Fannie Mae y Merck (Vioxx) y ERISA. Ha sido Profesora ayudante en la Universidad de París II (*Panthéon-Assas*) y secretaria de la *Judicial Selection Task Force* de la *Association of the Bar of the City of New York*.

Está admitida para el ejercicio profesional en Nueva York (*U.S.A., State and Federal*) y Atenas. Pertenece a numerosas asociaciones profesionales (LCIA, SAS, *ICDR Young & International*, *Comité Français de l'Arbitrage*) y es ponente y autora habitual en foros arbitrales; entre sus publicaciones más recientes cabe destacar su contribución para *International Commercial Arbitration in Europe* (en prensa, en esta misma colección, 2012); como coautora, «The Institution of Third Party Funding of Litigation

or Arbitration Cases» (en prensa, *Greek Business and Company Law Review*, 2012); y su «*Report on the Conference on Third Party Funding, College Européen de Paris, Paris, April 2, 2012*» (*Cahiers de l'Arbitrage*, n.º 2/2012).

ANDRÁS SZECSKAY

András Szecskay es fundador y socio director de Szecskay Attorneys at Law, una firma húngara de carácter marcadamente internacional.

Se doctoró en Derecho por la Universidad de Szeged (*summa cum laude*, 1973) y ha participado en un *professional continuing education program* en Canadá.

El Dr. Szecskay es Vicepresidente para Relaciones Internacionales del Colegio de Abogados de Budapest, Vicepresidente del Consejo Húngaro de la Abogacía; Director de la delegación húngara de CCBE; miembro del Comité Ejecutivo de la UIA; Presidente de MIE, y miembro de otras numerosas organizaciones profesionales.

Ha recibido el Premio Eötvös del Colegio de Abogados de Budapest (2000); ha sido reconocido como abogado ejemplar por el Consejo Húngaro de la Abogacía (2003); está en posesión de la Cruz de la Orden del Mérito de la República de Hungría, otorgada por el Presidente de dicha República (2008). Figura regularmente citado en *Chambers Europe*, *Chambers Global*, *Which Lawyer?*, *IFLR 1000* y *European Legal Experts*.

Es ponente habitual en foros nacionales e internacionales y ha publicado numerosos artículos sobre Derecho Societario, Propiedad Intelectual e Industrial, Derecho de la Competencia y Arbitraje.

H. KRISTJAN LARUSSON

H. Kristjan Larusson es *Solicitor of England and Wales* y ejerce la abogacía en Taylor Vinters LLP, bufete con sedes en Londres, Cambridge y Singapur.

Está especializado en Derecho de la Propiedad Intelectual y Tecnología y asesora en asuntos contenciosos y no contenciosos, con particular interés en el arbitraje en estas áreas.

Tiene grados en Derecho de Islandia, Francia e Inglaterra, y cuatro posgrados: D.S.U. de la *Université Panthéon-Assas* (1996), D.E.S.S. de la *Université de Toulouse* (1997), M.A. de la *University of Western Ontario* (1999) y un LL.M. de la *Nottingham Trent*

University (2007). También tiene diplomas de *The College of Law* (2001) y *Nottingham Law School* (2006).

Ha trabajado en White & Case y en Logos. Kristjan da clases en la Universidad de Reikiavik desde el 2007. Desde el 2009 es miembro por Islandia de la Corte Interna-cional de Arbitraje de la CCI.

GARDAR V. GUNNARSSON

Gardar V. Gunnarsson es *senior associate* en Lex Law Offices en Reikiavik. Está especializado en Derecho Arbitral, Societario y Fiscal. Ha actuado como abogado de parte en diversos procedimientos arbitrales, internos e internacionales.

Es licenciado por la Universidad de Reikiavik (2005) y posee un posgrado jurídico de la misma Universidad (2007) y un Máster en Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad de Estocolmo (2008).

Desde el 2008 da clases en la Universidad de Reikiavik y supervisor y *coach* de los equipos de esa Universidad en el *Vis Moot* de Viena.

Gardar V. Gunnarsson ha escrito sobre el régimen jurídico y la práctica del arbitraje en Islandia, tema sobre el cual ha dado también conferencias. Actualmente lidera los trabajos de revisión del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Islandia, y promueve una reforma legislativa nacional en esta materia.

Pertenece a varias organizaciones profesionales, entre ellas el *ICC Young Arbitrators Forum (YAF)*, *LCIA's Young International Arbitration Group (YIAG)*, *Young ICCA* y *ICDR's Young & International*.

DAMIEN KEOGH

Damien Keogh es socio de Matheson Ormsby Prentice, donde dirige el grupo de construcción e ingeniería.

Damien, *Solicitor* en Irlanda y *Solicitor* (no ejerciente) de Inglaterra y Gales, es reconocido como uno de los abogados líderes en construcción, ingeniería, infraestructuras y energía. Asesora a promotores, financiadores, contratistas, subcontratistas y consultores en todo tipo de procedimientos en estos ámbitos, incluidos litigación, arbitraje, mediación y otras formas de ADR.

Tiene un grado de B.Comm y un *Master of Business Studies* por *University College Dublin*, así como un *Master's Degree in Construction Law and Arbitration* por *Leeds Metropolitan University*.

Damien es socio de la *Society of Construction Law* y *Fellow* del *Chartered Institute of Arbitrators*; da clases sobre Derecho arbitral en el *Trinity College* de Dublín, frecuentemente actúa como árbitro; y es mediador acreditado por la CEDR.

Damien Keogh ha sido reconocido como un *«skilled and practically-minded adviser»* por *Chambers Europe*.

FRANCESCA GESUALDI

Francesca Gesualdi es *senior associate* en el departamento de litigación y arbitraje internacional de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en Milán, tras pasar por las oficinas de la firma en Roma y Nueva York. Su práctica se centra en el arbitraje y la litigación nacionales e internacionales en temas civiles, mercantiles y financieros.

Francesca Gesualdi se graduó, *summa cum laude*, por la Universidad de Milán en el 2002, habiendo realizado una estancia en Berkeley Law becada por su *alma mater*. En el 2006, cursó un LL.M. en Harvard Law School como becaria Fulbright.

Ha dado clases de inglés jurídico de las operaciones internacionales en las Universidades de Milán y Parma.

Está colegiada en Milán desde el 2006 y en New York desde el 2011. Pertenece a la *Società Italiana di Diritto Internazionale*.

C. FERDINANDO EMANUELE

C. Ferdinando Emanuele es *partner* de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en Roma. Su práctica se centra en el arbitraje y la litigación nacionales e internacionales en temas civiles, mercantiles y financieros. El Sr. Emanuele ha defendido a Estados y a compañías italianas y extranjeras, y ha actuado como árbitro, en arbitrajes comerciales y de inversión ante el CIADI, bajo las reglas de la CCI y de UNCITRAL, así como bajo las reglas de las principales instituciones arbitrales italianas y en procedimientos *ad-hoc*.

Se graduó con honores por LUISS Universidad de Roma en 1991 y trabajó como asistente de investigación en temas de Derecho Internacional Privado hasta 1999. En el 2002, obtuvo un LL.M. de *University of Michigan Law School*. Además, asistió a

la *University of Texas Academy of American and International Law* y al *ICC Institute Masterclass for Arbitrators*.

Colegiado en Roma desde 1994, ha sido miembro del Consejo del Colegio de Abogados de Roma (2004-2006) y de varias comisiones del *Consiglio Nazionale Forense*. Pertenece también a «ArbIt», el foro italiano de arbitraje y ADR, y a la Junta de la Asociación Italiana de Arbitraje.

Ha publicado la monografía *Definizione e funzionamento del concetto di ordine pubblico del diritto internazionale privato* y numerosos artículos sobre Derecho Internacional Privado y sobre Derecho Procesal, y dicta conferencias y cursos sobre esos temas.

Ha sido reconocido como uno de los abogados líderes en materia de resolución de controversias en Italia e internacionalmente por *Chambers Global*, *Chambers Europe* y *The Legal 500 Latin America*. En el 2009 *TopLegal* le nombró mejor abogado del año en litigación italiana.

IEVA KALNINA

Ieva Kalnina, abogada colegiada en Nueva York (2006), es *associate* de Lévy Kaufmann-Kohler en Ginebra. Ejerce en el ámbito del arbitraje comercial y de inversiones, y tiene experiencia en la CCI, LCIA, CIADI y con el Reglamento de UNCITRAL, en Derecho de la inversión extranjera, energía y recursos naturales, reestructuración de deuda y, en general, en asuntos mercantiles.

Anteriormente, trabajó en temas arbitrales en Bonelli Erede Pappalardo en Milán, y dio clases de resolución internacional de controversias y responsabilidad de los Estados en Riga Graduate School of Law (Letonia).

Posee un LL.M. de *Harvard Law School* (2005, becaria Fulbright) y es actualmente doctoranda en el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

Ieva Kalnina habla y escribe regularmente sobre temas de arbitraje internacional. Es miembro del Subcomité de Arbitraje de Inversiones de la IBA, coordinadora del *Young-ICCA (European desk)* y socia de otras asociaciones profesionales, como *CIS Arbitration Network* y *YIAG*.

VILIJA VAITKUTĖ PAVAN

Vilija Vaitkutė Pavan dirige el grupo de resolución de disputas de Lawin, una prestigiosa firma de Derecho de los negocios de la región báltica.

Se licenció en Derecho en la Universidad de Örebro, Suecia (1991) y continuó sus estudios con un Máster en la Universidad de Vilna (1993). Tiene otro *Master of Laws in Maritime Law* de *Queen Mary & Westfield College, University of London* (1994).

Vilija Vaitkuté Pavan funge como árbitro y abogada de parte en numerosos procedimientos arbitrales, internos e internacionales, *ad-hoc* y bajo las reglas de la CCI, SCC, FCCC, CCIG, LCIA, UNCITRAL y la Corte de Arbitraje Comercial de Vilna. Habla y escribe regularmente sobre temas arbitrales.

Chambers Global la destaca como la única abogada lituana en el Consejo Mundial de la Corte Internacional de la CCI y la recomienda como «*very visible and deserving of every single word of praise she receives*».

GIEDRĖ ČERNIAUSKĖ

Abogada asociada en Lawin, una prestigiosa firma de Derecho de los Negocios de la región báltica.

Giedrė Černiauskė estudió Derecho Europeo y Comparado en la Universidad de Gante, Bélgica (2007) y cursó un Máster en la Universidad de Vilna (2008). Hoy prosigue sus estudios de posgrado en la *School of International Arbitration at Queen Mary, University of London*, en paralelo a su cotidiana práctica arbitral.

MICHEL JIMENEZ LUNZ

Es Socio Fundador y Director de SJL | Sedlo Jimenez Lunz, una firma de Derecho empresarial reconocida en Luxemburgo.

Michel cofundó SJL después de haber pasado parte de su carrera en *Clifford Chance* (Luxemburgo), *Arthur Andersen* y *Ernst & Young*. Tiene una amplia experiencia en financiación internacional y operaciones de reestructuración y en la creación de estructuras corporativas y *joint ventures*. Además, ha sido asesor en importantes arbitrajes comerciales internacionales y controversias de accionistas.

Michel es altamente recomendado por *Chambers & Partners* como unos de los abogados líderes en Luxemburgo.

MARGRIET DE BOER

Margriet de Boer se incorporó en 2001 al área de litigación y arbitraje de De Brauw Blackstone Westbroek, Ámsterdam, y está especializada en litigios mercantiles complejos y arbitraje interno e internacional.

Obtuvo su título en Derecho por la Universidad de Ámsterdam, donde se graduó, asimismo, en Filología Francesa y traducción.

Margriet pertenece a la Asociación Holandesa de Derecho Procesal, y da clases en esa materia. Desde el 2006, Margriet firma la crónica anual de Derecho Arbitral de la Revista Holandesa de Litigación Civil, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*; y desde 2011, firma como coautora la crónica anual de Derecho Procesal Civil de la Revista Jurídica Holandesa, *Nederlands Juristenblad*. También es coautora de *A Guide to the NAI Arbitration Rules, Including a Commentary on Dutch Arbitration Law* (Kluwer Law International, 2009).

ROGIER SCHELLAARS

Rogier Schellaars es socio de Simmons & Simmons LLP en Ámsterdam. Está especializado en litigios mercantiles complejos y arbitraje interno e internacional.

Tiene un diploma en *Law & Economics* por la *University of London* (*honours*) y en Derecho Civil holandés por la Universidad de Leiden.

Rogier pertenece a la Asociación Holandesa de Derecho Procesal, y da clases en esa materia y en Derecho inglés de contratos desde el 2002. Forma parte del Consejo Editorial de la Revista Holandesa de Arbitraje y del Comité de Coordinación –40 del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos. Es coautor de *A Guide to the NAI Arbitration Rules, Including a Commentary on Dutch Arbitration Law* y del capítulo dedicado a los Países Bajos de la *IBA Guide to Arbitration* de 2012.

SOFIA MARTINS

Sofia Martins es abogada de Uría Menéndez-Proença de Carvalho, oficina de Lisboa. Forma parte del Grupo de Derecho Procesal y Arbitraje e interviene tanto en arbitrajes comerciales internos como internacionales.

Ha participado en varios arbitrajes complejos —*ad-hoc* e institucionales— en controversias relativas a la compraventa de acciones, contratos de *franchising* y proyectos inmobiliarios. En su práctica profesional ofrece asesoramiento continuo a empresas

en materia de la operativa diaria de sus negocios, y representa a clientes en procedimientos judiciales y arbitrales civiles y mercantiles.

Se licenció en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa en 1996, pasando a formar parte del *Ordem dos Advogados* en 1998. Fue socia fundadora del despacho *Fraústo da Silva & Associados*, firma portuguesa que se integró en Uría Menéndez en el 2008. Anteriormente, había trabajado en otros dos despachos portugueses y también como asesora legal en el Ministerio de Agricultura.

Es miembro de la SPAIDA (*Association International de Droit des Assurances*), sección portuguesa del Club Español de Arbitraje (siendo actualmente una de las coordinadoras del CEA –40) y de la *Associação Portuguesa de Arbitragem* (integrando el grupo APA Sub 40, del cual es actualmente coordinadora). Además, es miembro del Consejo del Centro de Arbitraje de la *Associação Comercial de Lisboa*.

En los últimos años ha participado, como asistente y como ponente, en varios coloquios y seminarios en materia de arbitraje comercial, y ha publicado algunos trabajos en materia de arbitraje. Ha participado, asimismo, como árbitro en *moots* tanto en Portugal como en el extranjero.

LEVANA ZIGMUND

Levana Zigmund es abogada en Tuca Zbarcea Associatii, Bucarest, y ejerce la abogacía en las áreas del arbitraje internacional, el Derecho Internacional Público, el mercantil, M&A y privatizaciones.

Es uno de los pocos abogados que ejercen en el área del Derecho Internacional Público de Rumanía; ha participado en la defensa de Rumanía en más de tres grandes asuntos administrados por el CIADI. Su experiencia comprende, asimismo, arbitrajes bajo los Reglamentos de la CCI ó UNCITRAL.

Levana Zigmund ha representado a compañías públicas y privadas en *joint ventures*, asuntos relacionados con el buen gobierno corporativo, operaciones mercantiles y societarias, inversiones transfronterizas y proyectos de transporte marítimo.

JAN KLEINHEISTERKAMP

Jan Kleinheisterkamp, Doctor en Derecho por la Universidad de Hamburgo, es *Senior Lecturer of Law* en la *London School of Economics*, cuyo *Transnational Law Project* dirige, y donde enseña Derecho inglés de obligaciones, contratos comerciales internacionales, arbitraje internacional y Derecho de protección de inversiones extranjeras.

Es también Profesor invitado en la *Universidad Panthéon-Assas – Paris II* y la *Universidad Católica de Lovaina*.

Antes de aceptar su puesto en Londres en el 2008, fue Profesor en la *HEC School of Management*, París, desde el 2004 al 2008. Allí enseñó Derecho francés de obligaciones y Derecho europeo. De 1998 a 2004 fue investigador en el *Instituto Max Planck para el Derecho Privado Comparado e Internacional*, Hamburgo, donde fue titular del Departamento de América Latina. Desde el 2004 está admitido como *Rechtsanwalt* en Alemania, en el Colegio de Abogados de Hamburgo.

El Profesor Kleinheisterkamp ha actuado como experto en Derecho de Arbitraje, Derecho de Inversiones, Derecho europeo, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado de Contratos. En el 2010 fue experto nombrado por el Parlamento Europeo para las cuestiones jurídicas relacionadas con la propuesta de directiva para el régimen transitorio de los tratados bilaterales de inversiones de los Estados Miembros y países terceros. Desde el 2005 ha acumulado amplia experiencia como árbitro en arbitrajes comerciales bajo las reglas de la CCI y la LCIA, en arbitrajes sobre obras públicas de infraestructura, contratos de *consulting*, préstamos internacionales, compraventas internacionales y *joint ventures*.

De entre sus numerosas publicaciones destacan una monografía sobre el *Arbitraje Comercial Internacional en América Latina* (Oxford University Press / Oceania, 2005) y el *Comentario sobre los Principios UNDROIT de Contratos Internacionales Comerciales* (Oxford University Press, 2009), hoy la obra de referencia en la materia.

ALEXANDER J. BĚLOHLÁVEK

Alexander J. Bělohlávek es Catedrático de Derecho de la Universidad de Ostrava (República Checa) y de la WSM de Varsovia (Polonia), y fundador y director de Bělohlávek Law Offices, en Praga, con una sucursal en EE.UU. (New Jersey).

El Profesor Bělohlávek se licenció en Derecho por la Universidad Carolina de Praga, donde se doctoró en Derecho Civil (1993) y empezó su carrera docente e investigadora, que pronto compartió con la Facultad de Ciencias Económicas de la VŠB, Universidad Técnica de Ostrava. Es Licenciado en Ciencias Económicas e Ingeniero Diplomado.

Actúa como árbitro de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio checa, austríaca y ucraniana, así como de las de Alma Ata (Kazajistán), Chisinau (Moldovia), Moscú (Rusia), Liubliana (Eslovenia), Minsk (Bielorrusia), Vilna (Lituania) y otras.

Además de la abogacía y la docencia, desempeña numerosos cargos en destacadas instituciones, asociaciones y comisiones internacionales. Desde el 2011 es presidente de la Asociación Mundial de Juristas (WJA, con sede en Washington D.C.). Es también miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI —preside la Comisión de Arbitraje del Comité Nacional de la República Checa— y de ASA, DIS, ASIL, ILA, y asociado de la *Law Society of England and Wales*.

Es autor de casi cincuenta libros (en checo, alemán, inglés, ruso, ucraniano, polaco y rumano) y ha publicado más de trescientos cuarenta artículos, sobre todo en materia de Derecho Internacional Privado, Procesal, Mercantil y Financiero, pero también en cuestiones de Derecho Internacional Público y Finanzas Internacionales.

ALINA BONDARENKO

Alina Bondarenko, recientemente incorporada al Estudio Jurídico Almagro en Madrid, ha sido Técnico de Comercio Exterior de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Moscú, realizando estudios jurídicos sobre la legislación rusa en materia de comercio exterior e inversiones. Ha colaborado, asimismo, con el despacho Hamilton Abogados como abogada —se halla habilitada para el ejercicio profesional en España y Rusia— especializada en Derecho Internacional Privado y Arbitraje Internacional.

Tras finalizar sus estudios en Moscú en 2006 (Universidad Estatal de Moscú, MGU), trabajó en el despacho Tartiere Reguero, en Oviedo, colaborando al mismo tiempo con la Cámara de Comercio de Oviedo en asuntos relacionados con el mercado ruso. Completó su formación con el Máster en Asesoría Jurídica de Empresas en la Uni-versidad Carlos III de Madrid (2009).

Colabora como autora con distintas editoriales, como Mealey's, ICE o Derecho y Negocio.

ERIK FICKS

Erik Ficks forma parte de los equipos de propiedad intelectual e industrial (IP) y resolución de controversias en Roschier, Estocolmo.

Tiene amplia experiencia como abogado de parte en arbitrajes internos e internacionales, así como en procesos judiciales. Tiene asimismo experiencia en licencias IP multijurisdiccionales.

Es ponente y autor habitual en foros y revistas en sus áreas de especialidad.

ZIYA AKINCI

El Dr. Ziya Akinci es socio fundador de Akinci Law Offices, Estambul.

Funge regularmente como abogado de parte, árbitro y perito en arbitrajes administrados por la CCI, ITO, SCC y TRAC, y también *ad-hoc*, en una amplia variedad de materias; desde grandes proyectos de construcción o de energía a licencias GSM u operaciones de M&A. Entre los clientes del Dr. Akinci se cuentan la Comisión Europea, bancos de inversión, multinacionales de GSM y grandes constructoras.

El Dr. Akinci se habilitó como abogado en 1986 y se doctoró en 1992 tras obtener sendas Maestrías en *Exeter University* (1991) y la Universidad de Ankara (1987).

Es autor de numerosos libros y artículos en sus áreas de especialidad. Ha publicado recientemente *Arbitration Law of Turkey. Practice and Procedure* (2011).

Es miembro de la CCI, LCIA, IBA, INTA, ASA, la Cámara de Comercio de Suecia y la Asociación Turco-Escandinava de Empresarios. Ha sido designado miembro honorario de la Academia Suiza de Arbitraje.

OLENA S. PEREPELYNSKA

Olena S. Perepelynska, admitida en el Colegio de Abogados de Kiev desde el 2006, es *counsel* del Grupo de Arbitraje Internacional del despacho ucraniano Sayenko Kharenko (Kiev). Su nombre es uno de los cinco citados en el ámbito del arbitraje comercial en *Who's Who*, 2013.

Ha actuado como abogada en más de sesenta arbitrajes comerciales internacionales, *ad-hoc* e institucionales, con sede en Estocolmo, Kiev, Lausana, Londres, Moscú, París y Viena, bajo los Reglamentos de CCI, CNUDMI, LCIA y SCC, en controversias sobre la compraventa de mercancías o acciones y la prestación de servicios de publicidad, consultoría, telecomunicaciones y transporte marítimo. Ha actuado como árbitro en arbitrajes internos en Ucrania.

Comenzó su práctica jurídica como asociada del despacho Vasil Kisil & Partners (2003-2011), en Kiev, simultaneando su trabajo con la realización de un Máster en Derecho Internacional en el Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Taras Shevchenko de Kiev (2005, *summa cum laude*), con una tesis de Máster sobre la unificación del Derecho Internacional Privado en Iberoamérica.

Actualmente, es *Member* del *Chartered Institute of Arbitrators* del Reino Unido y miembro de las listas de árbitros de varias instituciones arbitrales de Kaza-

jistán, Lituania, Polonia, República Checa, Rumania y Ucrania. Es, asimismo, miembro fundador y vocal de la Junta Directiva de la Asociación Ucraniana de Arbitraje.

Es ponente en conferencias y autora de numerosas publicaciones en materia de arbitraje internacional.

FERNANDO MANTILLA-SERRANO

Fernando Mantilla-Serrano es socio de Shearman & Sterling LLP (París), donde se dedica al arbitraje internacional.

Es egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, donde obtuvo su título en Derecho y Socio-Economía. Posee también un MCJ (LL.M.) de *New York University* (becario *Fulbright*), así como un DEA en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional y un DSU en Derecho de la Unión Europea de la *Université de Paris II*.

Su práctica arbitral, como árbitro y como abogado, se desarrolla principalmente en Europa, Estados Unidos de América e Iberoamérica. Fernando Mantilla-Serrano es miembro titular de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y *Fellow* del *Chartered Institute of Arbitrators*. Sus artículos sobre arbitraje han sido publicados en *Arbitration International*, la *Revue de l'Arbitrage*, la Revista de la Corte Española de Arbitraje y el *Journal of International Arbitration*.

Fue uno de los cuatro miembros de la comisión redactora del Proyecto de Ley que se convirtió en la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, en España. Fungió asimismo como Conjuez de la Corte Constitucional de Colombia. Tiene licencia que lo habilita para ejercer como abogado en Colombia, Nueva York, París y Madrid.

JEAN MARGUERAT

Jean Marguerat es socio del despacho suizo *Froriep Renggli* en Ginebra, donde está especializado en asuntos de arbitraje internacional y contencioso-comercial internacional.

Tiene amplia experiencia en arbitraje como abogado y árbitro en numerosos arbitrajes internacionales (CCI, Swiss Rules, TAS y *ad-hoc*). Actúa también regularmente como abogado ante tribunales suizos en asuntos relacionados con el arbitraje (embargos, ejecución e impugnación de laudos arbitrales).

Estudió en las Universidades de Basilea y Neuchâtel (*lic.iur.*, 1996) y, después de ser admitido en el Colegio de Abogados en Berna (1999), obtuvo un título de postgrado en la Universidad de Cambridge (LL.M. 2000, *British Chevening Scholar*). Trabajó como abogado en bufetes de abogados en Barcelona (2000-2002) y Londres (2007-2008). En el 2010 fue nombrado socio de *Froriep Renggli*, despacho en el cual trabaja desde el 2003.

Es miembro de varias asociaciones profesionales, tales como la Asociación Suiza de Abogados (ASA, ASA below 40), la *London Court of International Arbitration* (LCIA, YIAG), el Club Español de Arbitraje (CEA, CEA— 40 y CEA capítulo suizo) y la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS).

Es autor de publicaciones y ponente en conferencias en materia de arbitraje internacional.

MARIBEL RODRÍGUEZ VARGAS

Pertenece al Grupo de Arbitraje Internacional del bufete Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en Madrid. Centra su práctica en la resolución de controversias (arbitraje y litigios) y asesoramiento preventivo en casos complejos de la construcción, infraestructuras y energía, compraventa de activos y acciones, *joint ventures*, distribución y diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversores extranjeros.

Trabajó como abogada extranjera en Dechert LLP en Nueva York, donde participó en procesos civiles contra Estados extranjeros ante los tribunales federales de EE.UU. y procesos internacionales de arbitraje de inversiones.

Es Profesora asociada en ICADE-Universidad Pontificia de Comillas en su *Master in International and European Business Law* y en la Universidad de Navarra en su Máster Universitario en Derecho de Empresa. Es, además, conferenciante habitual en materias relacionadas con asistencia jurídica internacional, Derecho Internacional Privado y contratación internacional (Nueva York, Washington D.C., Madrid, Venecia).

Maribel es LL.M. por la Universidad de Columbia en Nueva York, EE.UU. (becaria *Fulbright*), Máster en Estudios de Derecho Europeo por el *Collège d'Europe*, Campus de Varsovia, Polonia (Beca M.A.E.), y Licenciada por la Universidad Autónoma de Madrid.

Además de colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, es abogada colegiada y admitida a la práctica del Derecho en el Estado de Nueva York (EE.UU.). Pertenece a asociaciones profesionales como NYSBA, ABA, ILA, ASIL (PILIG),

YIAG (LCIA), YAF (ICC) e ICDR Y& I (AAA), además del CEA –40, del que ha sido Coordinadora.

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

Franz Stirnimann Fuentes es socio de *Winston & Strawn* en la oficina de Ginebra.

De origen suizo-latinoamericano, el Dr. Stirnimann Fuentes se ha desempeñado como abogado y árbitro en más de cuarenta arbitrajes internacionales (CCI, CIADI, Reglamento Suizo, CCE, DIS, CCZ, UNCITRAL y *ad-hoc*) en controversias comerciales y diferencias entre Estados e inversores extranjeros. El Dr. Stirnimann también representa a clientes en procedimientos de anulación y revisión ante la Corte Suprema Federal de Suiza y en la ejecución de laudos arbitrales en Suiza. Asimismo, el Dr. Stirnimann Fuentes ha actuado como abogado en litigios comerciales ante cortes estatales suizas, estadounidenses, alemanas y españolas y trabaja con frecuencia en asuntos relacionados con Iberoamérica.

El Dr. Stirnimann, colegiado en Nueva York, Inglaterra y Gales y Ginebra, es Doctor en Derecho por la Universidad de Zúrich (summa cum laude, Premio Profesor Walther Hug, 2003) y LL.M. por la Universidad de Georgetown (*honours*, Becario Profesor Heinrich Kronstein y Becario de la Fundación Nacional Suiza de las Ciencias, 2001). Es licenciado por las Universidades de Friburgo y Durham (*cum laude*, Becario Erasmus, 1996). También es antiguo alumno del Seminario de Liderazgo Georgetown de la Escuela Diplomática Edmund A. Walsh de la Universidad de Georgetown.

El Dr. Stirnimann ha sido Profesor Visitante en la Universidad del Pacífico del Perú; la Universidad EAFIT, Medellín; el Centro Universitario de Brasilia (UniCEUB) y la Universidad Federal de Santa Catarina. Ha actuado como editor adjunto de la *Swiss Intellectual Property, Information and Competition Law Review* (1998-2000) y como ayudante de cátedra y de investigaciones del Profesor Bernhard Schnyder, Director en Derecho Civil Suizo de la Universidad de Friburgo (1995-1996).

CAROLINA ROMERO ACEVEDO

Carolina Romero-Acevedo, abogada de origen colombiano, es *foreign associate* del Departamento de Litigios de la firma Winston & Strawn LLP, en Washington, D.C., y centra su práctica en el arbitraje internacional.

La señorita Romero es una litigante experta ante distintos foros y jurisdicciones, y ha trabajado en la representación de Estados soberanos y compañías de propiedad estatal en múltiples arbitrajes de inversión bajo las reglas del CIADI y UNCITRAL.

Previamente, Carolina Romero-Acevedo se desempeñó como abogada en Colombia, donde ocupó distintos cargos en la Rama Judicial, incluyendo el de Juez, antes de ejercer en la práctica privada, en la que representó a distintas entidades públicas y privadas en casos que involucraron controversias de patentes y de propiedad intelectual. También actuó como consultora internacional en la exitosa representación de un país iberoamericano en un multimillonario litigio ante la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York. Además, ejerció como Profesora asociada de Derecho Administrativo y Constitucional en Colombia.

La señorita Romero es licenciada por la Universidad Industrial de Santander, Colombia (*cum laude*, 2000). Se graduó de la especialización de Derecho Comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (2002) y de Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga (2004). Posee también una Maestría en Derecho de Propiedad Intelectual de la Universidad George Washington (2006).

DIEGO SAAVEDRA SILVELA

Diego se licenció en Derecho por la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, en 1999. Comenzó a trabajar desde entonces en el área de litigios y arbitraje de distintos despachos, incluyendo un período de seis años en Baker & McKenzie, Madrid, y otro de cuatro en Gómez-Acebo & Pombo, en cuyo transcurso realizó una estancia en la oficina de Los Ángeles del despacho *Quinn Emanuel* entre los años 2011 y 2012.

Su experiencia se centra en los litigios y arbitrajes comerciales internacionales, habiendo actuado ante distintas cortes de arbitraje, tanto en España como en el extranjero.

CHRISTIAN LARROUMET

Christian Larroumet, árbitro y consultor, es Profesor emérito de la Universidad Panthéon Assas (París); doctor *honoris causa* de las Universidades de Santiago de Chile, de Buenos Aires (UBA) y de Tucumán; Profesor emérito de la Universidad de Rosario (Bogotá); titular de la *cathedra laboris* de Derecho Internacional de la Univeridad de Monterrey (UDEM); director del Posgrado de Derecho del Comercio Internacional de la UDEM; miembro asociado de la Academia Peruana de Derecho; y Presidente de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos.

El Profesor Larroumet es autor de un *Tratado de Derecho Civil francés* traducido al español y publicado por Legis, Bogotá: *Introducción al Derecho* (5.ª Ed., 2006); *Derecho de Bienes* (5.ª Ed., 2006); *Derecho de Contratos* (6.ª Ed., 2007). Ha publicado también numerosos artículos en materia de Derecho Civil, Mercantil, Internacional y Arbitraje en varias revistas francesas y extranjeras (especialmente, Argentina, Canadá, Chile, Colombia, España, Estados Unidos de América, Italia, Japón, Líbano, Perú, Uruguay).

FERNANDO LANZÓN MARTÍNEZ

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y en Ciencias Empresariales por la Universidad Autónoma de Madrid.

Desde el año 2006 ejerce como abogado asociado en el Departamento de Derecho Procesal de Clifford Chance en Madrid. Con anterioridad desarrolló su actividad profesional en los departamentos de litigios de Norton Rose (Londres) y Prol & Asociados (Madrid). Previamente desempeñó su labor profesional en el Banco Zaragozano (actualmente Barclays), en el Departamento de Auditoría Interna.

Tiene amplia experiencia en procedimientos judiciales y arbitrales ante diversas cortes, y es autor de varios artículos relacionados con materia procesal y arbitral; entre otros, *«Arbitration in Europe»* y «Responsabilidad extracontractual en el marco de un contrato de compraventa de acciones», publicados en diferentes países.

Interviene de forma habitual como ponente en charlas y conferencias sobre arbitraje, Derecho Sustantivo y Procesal y ha sido recomendado en el listado inicial de *«The International Who's Who of Commercial Litigators 2012»*. Es igualmente miembro de diversas organizaciones profesionales y del Club Español de Arbitraje.

JUAN PABLO CORREA DELCASSO

Socio de Albiñana & Suárez de Lezo en Barcelona, Juan Pablo Correa Delcasso es Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona desde el año 1993 y abogado en ejercicio desde el año 1997.

Es autor de numerosos artículos doctrinales y monografías de Derecho Procesal, muy particularmente en materia de legislación procesal comunitaria, arbitraje, ejecución de sentencias y proceso monitorio, cuyo informe sobre este último procedimiento, remitido en el año 1993 al Ministerio de Justicia español, ha tenido una influencia decisiva en la regulación de esta institución en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Es, asimismo, en la actualidad, Profesor de la Facultad de Derecho de ESADE (Universitat Ramón Llull), Presidente Fundador de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB), Director del Diploma en Arbitraje Internacional del ICAB y coautor del *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*.

PHILIPPE PINSOLLE

Philippe Pinsolle es el socio director de Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, París. Ha representado clientes en más de ciento ochenta arbitrajes internacionales, comerciales y de inversión, en la industria del petróleo, energía, construcción y defensa. Philippe Pinsolle también se desempeña regularmente como presidente del tribunal, árbitro único y co-árbitro nombrado por una parte, así como perito en arbitrajes institucionales y en arbitrajes *ad-hoc*.

Philippe Pinsolle está colegiado en París y en Inglaterra, en este último país como *Barrister*. Philippe se unió a Shearman & Sterling en 1991 y fue nombrado socio en el 2001. *Chambers Global* señala que los clientes le describen como un «estratega sobresaliente» con «un gran sentido táctico». También ha sido reconocido como «un especialista en el área del petróleo y gas». En enero del 2012, Philippe Pinsolle recibió el premio de la Asociación Suiza de Arbitraje por su pericia como orador litigante en el área de arbitraje comercial internacional.

ALEXIS MOURRE

Abogado del *Barreau* de París y miembro, como *Foreign Lawyer*, de la *Law Society* de Londres, Alexis Mourre es un reconocido especialista del Derecho de Arbitraje y la Litigación internacionales. Ha intervenido como abogado de parte, presidente de tribunal arbitral, co-árbitro, árbitro único o perito en más de ciento sesenta arbitrajes, tanto *ad-hoc* como ante las más importantes instituciones arbitrales.

Es vice-presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y del Comité de Arbitraje de la IBA, pertenece al Consejo del *Institut du Droit des Affaires Internationales* de la CCI, y es miembro de otras muchas instituciones científicas y profesionales dedicadas al arbitraje y al Derecho Internacional Privado.

Ha sido *Visiting Professor* en la University of Santa Clara (California) y actualmente da clases en las Universidades de Versalles y Santo Domingo. Alexis Mourre es autor de numerosas obras y publicaciones en los ámbitos de su especialidad, y dirige la prestigiosa publicación *Cahiers de l'arbitrage*.

JORGE LUIS COLLANTES GONZÁLEZ

Ejerce la abogacía en Barcelona y es Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Internacional de Cataluña (UIC).

Es co-fundador de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2010), pertenece a distintas organizaciones profesionales como *The Swiss Arbitration Association* (Ginebra), el Club Español del Arbitraje (Madrid) y *The Young Austrian Arbitration Practitioners* (Viena). Asimismo, ha servido como miembro de tribunal en la fase española de *The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* y en el *Moot Madrid*.

Ha dirigido distintas obras colectivas como el *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional Comercial y de Inversiones* (2011), *El arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* (2010), *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales* (2009), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (2007).

Licenciado por la Universidad Internacional de Cataluña (2002), cursó parcialmente la carrera en las Universidades Carlos III de Madrid y de Zaragoza y amplió su formación en *The Institute of Public International Law and International Relations* (Salónica, Grecia, 2000) y el *Amsterdam Center for the International Law* (2002). Tras su graduación, obtuvo la máxima calificación en los módulos del Máster en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía (2002-04), un Postgrado en Inversiones Extranjeras y Doble Imposición por la Universidad de Barcelona (2003) y un Diploma en Arbitraje Internacional del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2010).

En el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, es Director del Postgrado en Derecho Diplomático y Consular y Profesor en el Diploma de Arbitraje Internacional.

ANNE-CAROLE CREMADES

Hispano-francesa, pertenece al Grupo de Arbitraje Internacional en la oficina de Ginebra del despacho suizo *Schellenberg Wittmer*.

Está especializada en litigación y arbitraje internacionales. Ha actuado como abogada ante tribunales arbitrales CCI o *ad-hoc* en una amplia gama de controversias relativas a acuerdos de compraventa de acciones, contratos de petróleo y gas, acuerdos de *joint venture*, contratos de distribución y contratos internacionales de construcción, así como en diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversores extranjeros. Además, ha actuado como árbitro y secretaria de varios tribunales arbitrales ICC o *ad-hoc*.

Después de graduarse en la Universidad de París (2000, *summa cum laude*), Anne-Carole Cremades obtuvo un título de postgrado en Derecho Privado en la citada Universidad de París (2001, *summa cum laude*) y un *Master of Laws* (LL.M.) en Derecho Comercial Internacional en el *King's College* de Londres (2002, *honours*).

Entre los años 2002 y 2004, trabajó como profesora ayudante de Derecho Civil (Derecho de Contratos) en la Universidad de París y como pasante en un bufete de abogados de Madrid, antes de ser admitida en el Colegio de Abogados de París (2005). Antes de su actual ocupación en Ginebra, trabajó como asociada en el bufete *Bredin Prat* en París, donde trabajó en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión.

Es miembro de varias asociaciones profesionales, incluyendo el Club Español de Arbitraje, la *Swiss Arbitration Association* (SAA) y el *International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Young & International*. Es miembro fundador y Vicepresidenta del Capítulo suizo del Club Español de Arbitraje.

Es autora de publicaciones y ponente en conferencias en materia de arbitraje internacional y Coordinadora del *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones).*

MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART

Marco de Benito Llopis-Llombart es Profesor interno de *IE Law School*. Ejerce también como Profesor invitado en la Universidad Panamericana (México, D.F.) y la *Università degli Studi di Bologna*. Entre sus áreas de especialidad destaca el arbitraje internacional.

Es Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (sobresaliente *cum laude*, *nemine discrepante*) y Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha sido *Visiting Scholar* en *Yale Law School*, donde co-presidió el *Yale Forum on International Law* y colaboró en la edición del *Yale Journal of International Law*. Completó su formación con varias estancias de investigación en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* de Hamburgo.

Formado en la práctica arbitral en el bufete Uría Menéndez, hoy su actividad como abogado se desarrolla íntegramente en el campo del arbitraje, tanto comercial como de inversiones, y tanto en calidad de abogado de parte como de árbitro. Ha intervenido en numerosos arbitrajes relativos a los sectores financiero, gasístico, eléctrico, de energías renovables y de infraestructuras, con sede en Madrid, Barcelona, París, Ginebra, Londres y Washington, D.C., bajo las reglas de la CCI, las Cortes Suizas o el CIADI.

Es socio y participó en la fundación del Club Español del Arbitraje. Es miembro también de la *Miami International Arbitration Society* y de otras asociaciones profesionales en el ámbito del arbitraje internacional.

De entre sus publicaciones destacan la monografía *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria* (Cívitas, 2010), así como sus artículos sobre la reforma de la Ley española de Arbitraje de 2011, sobre la que prestó asesoramiento legislativo. Colabora habitualmente con foros y revistas especializados en arbitraje internacional.

YVES DERAINS

Yves Derains, ex-secretario general de la Corte de Arbitraje de la CCI y ex-Director del Departamento Jurídico de la CCI, es hoy miembro del Colegio de Abogados de París y socio del bufete Derains & Gharavi. Está especializado en arbitraje internacional y actúa como árbitro o como consejero de las partes en casos de arbitraje.

Yves Derains es el Presidente del *ICC Institute of World Business Law* y ex-Presidente del *Comité Français de l'Arbitrage*. Fue Presidente del Grupo de Trabajo sobre la Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CCI en 1998. Es también co-Presidente del *ICC Task Force on the Reduction of Costs and Time in International Arbitration*. Es miembro del Comité Francés sobre el Derecho Internacional Privado desde 1979, del *International Council for Commercial Arbitration* desde 1978, del *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)* y de varias otras organizaciones especializadas en arbitraje internacional y Derecho del Comercio Internacional.

Es también autor y editor de numerosas publicaciones sobre arbitraje comercial internacional y Derecho Mercantil Internacional; cabe citar el célebre *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* (con E. Schwartz, *Kluwer Law International*, 2005), o *Evaluation of Damages in International Arbitration* (con R.H. Kreindler, eds., *ICC Institute of World Business Law*, 2.ª Ed., 2006).

BERNARDO M.ª CREMADES SANZ-PASTOR

Bernardo M.ª Cremades es socio fundador de B. Cremades y Asociados y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Pionero del arbitraje internacional en España («*number one practitioner in Spain for commercial arbitration legal expertise*», según *Who's Who Legal*, julio 2005), su actividad se centra en el arbitraje comercial internacional y disputas de inversión. Ha actuado como abogado de parte, co-árbitro y presidente del tribunal arbitral en más

de doscientos cincuenta arbitrajes. Su experiencia profesional en el arbitraje abarca procedimientos ante los principales foros de arbitraje internacional del mundo, incluyendo la CCI, el CIADI, AAA, CRCICA, CIETAC ó LCIA. También ha participado en numerosos arbitrajes *ad-hoc*.

El reconocimiento internacional de Bernardo M.ª Cremades es muy amplio. Ha sido condecorado por el Presidente de la República alemana con la *Verdienskreutz*. También ha sido nombrado por el Presidente de la República francesa *Chevalier de l'Ordre National du Mérite*.

Bernardo M.ª Cremades es miembro de varias de las asociaciones e instituciones internacionales que componen la comunidad arbitral internacional y es un conferenciante asiduo en los congresos sobre arbitraje que se celebran anualmente por todo el mundo.

Bernardo M.ª Cremades es Doctor en Derecho por las Universidades de Köln (1967) y Sevilla (1968), y fue becario *Fulbright* (1972). Está colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (1969) y en los *Barreaux* de París y Bruselas (1986).

MERITXELL BURCET SANDRÓS

Meritxell Burcet es abogada del área de Derecho Marítimo de Uría Menéndez en Barcelona.

Previamente trabajó en el departamento de arbitraje de la oficina del despacho suizo Cramer & Salamian en Dubai (Emiratos Árabes Unidos) y en el equipo hispanohablante de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París. Se licenció en Derecho (2012) por ESADE (Universitat Ramon Llull, Barcelona), con estancias en Trinity College (Dublin, 2007) y Bucerius Law School (Hamburgo, 2011). Se especializó en Derecho Marítimo en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2009) y la International Maritime Bureau de la CCI en Londres (2010).

Meritxell ha sido árbitro del Moot de Singapur (2011) y es coach de un equipo de ESADE en el Moot Madrid 2013.

PARTE I.

Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional en Europa

El arbitraje y la acción[*]

Marco de Benito Llopis-Llombart

Sumario: Introducción.— 1. Lo material y lo procesal en el arbitraje.— 2. La acción y el derecho a la jurisdicción.— 3. El arbitraje como carga del actor.— 4. La impugnación de la jurisdicción como carga del demandado.— 5. Conclusiones.— Bibliografía.

Introducción

El estudio de lo que podríamos llamar la *parte general* del Derecho Arbitral parece hoy especialmente oportuno. En primer lugar, el arbitraje, como disciplina académica, es aún relativamente joven; muchas de sus páginas están aún por escribir. En segundo, de todas las ramas jurídicas, la jurisdiccional es tal vez la que presenta vínculos más estrechos con cuestiones de teoría general.[1] Por último, así lo impone seguramente la peculiar ubicación dogmática del arbitraje, tierra de frontera[2] a caballo entre el Derecho Civil, el Procesal, el Mercantil y el Internacional Privado. No en vano se advierte un creciente interés, especialmente en las jóvenes generaciones de investigadores, por el cultivo de esta parte general de la disciplina arbitral,[3] de la que depende el correcto planteamiento de numerosos aspectos positivos o prácticos.[4]

Asumiendo el reto que las anteriores reflexiones nos presentan, intentaremos en este breve trabajo contribuir a perfilar con mayor nitidez el tipo de vinculación que existe entre dos fenómenos jurídicos autónomos, pero interrelacionados: el convenio arbitral y el proceso arbitral.

---

[*] Un borrador de este trabajo fue publicado como *Working Paper* de *IE Law School* el 4 de noviembre de 2012. El autor agradece a D. José M.ª Fernández de la Mela Núñez sus acertadas observaciones y sugerencias.

[1] Gómez Orbaneja, E. «Legitimación y representación». En *Derecho y proceso*. Cizur Menor: Cívitas, 2009, p. 249.

[2] Carnelutti, F. *La prova civile*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 2.

[3] *Vid.* Gaillard, E. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 3.

[4] *Ibidem*, pp. 5 y ss.

1. LO MATERIAL Y LO PROCESAL EN EL ARBITRAJE

La ciencia procesal moderna surge como consecuencia del empeño, problemático aún hoy en algún aspecto, por deslindar lo material y procesal en el Derecho.[5] Ambos fenómenos confluyen en lo que suele denominarse, en traducción literal del alemán, contratos procesales: aquéllos cuyo principal objeto y efecto se sitúa en el ámbito de la jurisdicción, del proceso en sentido amplio.[6] Al margen de las importantes precisiones que requiere,[7] la figura permite el estudio sistemático de contratos que, como el convenio arbitral, exhiben como rasgo característico esa repercusión jurisdiccional.

Sucede que, por el notable grado de abstracción de esos términos, afirmar que el efecto de estos pactos se produce en el ámbito procesal no es decir mucho. Hay que concretar más.

Consideremos, para empezar, la evidencia de que la relación jurídica comprometida puede desenvolverse sin litigio alguno; ésa es de hecho, por regla general, la intención de las partes. Igualmente, surgido el litigio, la vinculación compromisoria subsiste enteramente al margen de él, y sigue proyectándose hacia el futuro en relación con los nuevos litigios que puedan surgir en el seno de la relación jurídica comprometida. En suma, al incluir una cláusula arbitral, las partes se limitan a sujetarse a resolver el litigio *eventual* de una determinada manera. No en otra cosa consiste el efecto material del convenio arbitral.

Realidad netamente distinta es, sin duda, la que se genera con la incoación de un *concreto* procedimiento arbitral: una genuina situación jurídica,[8] marcada por el dinamismo[9] que imprime en ella la pugna por un laudo favorable.

---

[5] DESDE VON BÜLOW, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*. Gießen, 1868 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), en español *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. de ROSAS LICHTSCHEIN, M.Á.). Buenos Aires: EJEA, 1964).

[6] La obra de referencia sobre los contratos procesales es actualmente WAGNER, G. *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1998.

[7] Primero, todo efecto procesal de estos contratos es indirecto o mediato, pues depende de un evento incierto: la incoación del litigio. Segundo, además, los contratos procesales generan una vinculación plenamente obligatoria entre las partes. *Vid.* DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Madrid: Cívitas, 2010, pp. 62 y ss.

[8] En la terminología original de GOLDSCHMIDT, J. *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin, 1925 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1968). *Vid.* en español GOLDSCHMIDT, J. «Teoría general del proceso». En *Derecho, Derecho Penal y proceso. Problemas fundamentales del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, vol. I, pp. 814 y ss.

[9] GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Cívitas, 1981, pp. 163 y ss., glosando a GOLDSCHMIDT: las partes procesales «se encuentran en una situación esencialmente

La cuestión que nos hemos propuesto dilucidar es la del modo en que se enlazan ambos fenómenos: la obligación compromisoria y el proceso arbitral. Así, podría pensarse que ambas realidades guardan una *relación de causa a efecto*.[10] Sin embargo, sólo considerar el carácter eventual del proceso arbitral ya levanta una objeción insalvable a esa supuesta relación causal: si el proceso arbitral es *consecuencia* del convenio arbitral, ¿por qué esa consecuencia se sigue en unos casos y no en otros? Aunque parezca una perogrullada, conviene recordar que suscribir una cláusula arbitral no *provoca* el arbitraje. Del convenio arbitral surge sólo una vinculación obligatoria que es perfectamente incapaz, por sí misma, de engendrar litigio o proceso alguno.

La mera observación de la realidad señala que lo que hace nacer el arbitraje no es sino el propio litigio: el acto de demandar. He aquí la clave para distinguir la relación jurídica material que surge del convenio arbitral de la situación jurídica procesal en que consiste el arbitraje. No en vano es la *notitia litis* —la recepción del requerimiento de someter la controversia a arbitraje— el momento al que gran parte de la legislación comparada contemporánea refiere el comienzo del arbitraje.[11] Así la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 21),[12] la Ley española de Arbitraje (art. 27)[13] y la ZPO alemana (§ 1044);[14] con matices, la *Arbitration Act* (art. 14)[15] y la ley federal suiza de

---

dinámica»; «actúan con el esfuerzo de obtener una sentencia de determinado contenido»; «todos los actos procesales tienen como objetivo el alcanzar una sentencia favorable».

10 Alcalá-Zamora y Castillo, N. «Examen de la nueva Ley española sobre arbitraje». En *Estudios Procesales*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 49, señala, refiriéndose a la Ley española de 1953, que «el legislador maneja a capricho las ideas de *arbitraje* y de *compromiso*, enlazadas en virtud de una relación de efecto a causa, pero distintas entre sí».

11 *Vid.* Poudret, J.F. y S. Besson. *Comparative Law of International Arbitration* (trad. de Berti, S.V. y A. Ponti). London: Sweet & Maxwell, 2007, pp. 486 y ss.

12 «*Iniciación de las actuaciones arbitrales*. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto a una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje».

13 «*Inicio del arbitraje*. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje».

14 «Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so beginnt das schiedsrichterliche Verfahren über eine bestimmte Streitigkeit mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Der Antrag muss die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten».

15 «*14(3) Where the arbitrator is named or designated in the arbitration agreement, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties a notice in writing requiring him or them to submit that matter to the person so named or designated.*
14(4) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by the parties, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties notice in writing

Derecho Internacional Privado (art. 181).[16] Como es natural, también refieren a la *notitia litis* —aquí, su recepción en la corte— la fecha inicial del arbitraje los reglamentos de UNCITRAL (art. 3.2), CCI (art. 4.2), LCIA (art. 1.2), ICDR (art. 2.2), CAM (art. 5.1) y Reglas Suizas (art. 3.2). Es a este momento al que se anudan todos los efectos auténticamente procesales:[17] la pendencia del arbitraje;[18] la delimitación de las partes;[19] el *dies a quo*, en su caso, del plazo para laudar. Ese momento señala un antes y un después: *ante litem natam*, *post litem natam*.[20]

(No es, por el contrario, relevante por sí solo a estos efectos —la determinación del comienzo del arbitraje— la designación y aceptación de los árbitros. En ese instante queda perfeccionado el contrato entre las partes y los árbitros, y queda atribuida la competencia arbitral. Sin embargo, la designación y aceptación de los árbitros no es —desde esta perspectiva— sino un elemento *intraprocesal*[21] más del arbitraje. En efecto, la falta de acuerdo sobre el nombramiento del árbitro se suple por su nombramiento judicial a instancia de cualquiera de las partes,[22] por lo que el actor puede seguir el arbitraje en todos sus trámites, hasta la obtención de un laudo, sin el concurso del demandado. Ello significa que, en el momento de nombrar a los árbitros, nos hallamos ya inmersos en el universo propiamente procesal, cuyo centro de gravedad es la pugna por el laudo favorable. Nombrar a los árbitros cuando proceda es, por

---

requiring him or them to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of that matter.

14(5) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by a person other than a party to the proceedings, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party gives notice in writing to that person requesting him to make the appointment in respect of that matter».

16 «Litispendance. *L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral*».

17 Observa MUNNÉ CATARINA, F. «Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje». *AJA*, 2004, n.° 5, p. 108, que «cuando la Ley regula el inicio del 'arbitraje', se está refiriendo al momento a partir del cual queda trabada la relación jurídico-procesal respecto de una concreta controversia». Por ello, la cuestión de la vigencia del convenio arbitral debe referirse a este momento, como hace el Tribunal Constitucional español en sentencia n.° 9/2005 de 17 de enero de 2005.

18 «Incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia», según aclara la Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje, ap. VI.

19 Que no tienen por qué coincidir con las partes del convenio arbitral, precisamente por el carácter autónomo de la legitimación procesal; y sin perjuicio de la incorporación posterior de partes adicionales.

20 *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 66, nota 83.

21 *Vid.* WAGNER, G. *Op. cit.*, p. 16.

22 *Vid.* arts. 11 de la Ley Modelo de UNCITRAL, 15 de la Ley española, 1452 y ss. del NCPC, 179 de la ley federal suiza de Derecho Internacional Privado, 17 y ss. de la *Arbitration Act*, § 1035 de la ZPO.

tanto, una carga procesal más,[23] como lo son subvenir al arbitraje,[24] cooperar en él de buena fe[25] o alegar y probar lo alegado).[26]

Pero volvamos a la *notitia litis*. La *revolución* que supone en el mundo jurídico-procesal la incoación del arbitraje contrasta con la nula repercusión que tiene en la vinculación compromisoria. Ésta sigue su *pacífico* curso hasta la extinción de la relación jurídica comprometida —*and beyond*—. En nada le afecta que se entable un arbitraje, o cien, o ninguno. Todo eso pertenece al universo procesal, dinámico, no al material, estático. Y son universos casi *paralelos*.

2. La acción y el derecho a la jurisdicción

En suma: la raíz del proceso arbitral no es el convenio arbitral, sino —al igual que en el proceso judicial— el propio acto de demandar.[27] La demanda, lo mismo para el proceso judicial que para el arbitral, es el único origen de todo fenómeno jurídico-procesal: también del arbitraje.[28]

(Lógicamente, esta afirmación, como todo lo que sigue, es incompatible con una noción *soberanista* de la jurisdicción,[29] y presupone, en cambio, una concepción

---

[23] Aluden explícitamente al nombramiento de árbitros como carga procesal Verde, G. y F. Auletta. *Diritto dell'arbitrato rituale*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 113.

[24] También puede constituir ésta una obligación material, pero ello sólo desde la perspectiva del *receptum arbitri*, no desde la intraprocesal del propio arbitraje. *Cfr.* Silva Romero, E. «La obligación de dar: los costos del arbitraje. Introducción», en Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 705; Conejero Roos, C. «Los costos en el arbitraje internacional». En Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.). *Op. cit.*, pp. 732 y ss.

[25] Indica Picó i Junoy, J. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch, Barcelona, 2003, p. 293, que la actuación conforme a la buena fe se constituye dentro del proceso como una auténtica carga procesal, que puede llegar a ocasionar la pérdida del pleito. Ello es plenamente aplicable al proceso arbitral, donde es práctica habitual extraer *adverse inferences* del comportamiento malicioso de cualquiera de las partes.

[26] En palabras del art. 2697.1 del *codice civile*: «*chi vuol far valere un diritto in giudizio debe provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*».

[27] Sostener lo contrario, esto es, que «*come da ogni domanda nasce un rapporto processuale, così da ogni compromesso nasce un rapporto processuale*», constituye un error contra el que ya prevenía Satta, S. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1931, p. 12.

[28] La Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje, ap. VI, hace notar que «la práctica demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor».

[29] Antaño prevalente, hoy en retroceso. En palabras de von Mehren, A.T. *Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study*. Leiden: The Hague Academy of Interna-

funcional de ésta, que no define la jurisdicción por referencia a un determinado sujeto que la posee *a priori*, sino por la actividad en que efectivamente consiste).[30]

Más allá de la entrega de un trozo de papel, el acto de demandar constituye, sin duda, uno de los fenómenos más complejos del Derecho. En él confluyen varias nociones fundamentales: las que constituyen el objeto de la vieja y ardua, pero insoslayable,[31] polémica sobre la *acción*.[32]

De un lado, la incoación del arbitraje supone el ejercicio de «la facultad de promover la actividad jurisdiccional».[33] Esta idea ha sido expresada de múltiples formas: «la facultad general, o que corresponde a todos, de demandar»;[34] el «poder de constituirse el derecho a la tutela jurídica»;[35] el «derecho *abstracto* de acción»;[36] el ejercicio, en fin, del «derecho al proceso»[37] o «a la jurisdicción».[38] Se alude con ello al derecho subjetivo público a obtener una resolución que ponga fin al fondo del litigio.[39] Se trata, sin duda, de un derecho *natural*, correlato necesario de la interdicción de la autotutela.[40]

---

tional Law-Martinus Nijhoff, 2007, p. 259: «*the jurisdictional theory, which saw the arbitral tribunal as exercising adjudicatory authority delegated by a sovereign State, has been undermined by theories that reason from contract and function*».

30 «La jurisdicción es anterior a la legislación», observa SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Naturaleza jurídica del arbitraje», en *Jurisdicción…*, *cit.*, pp. 165 y ss.; «de ahí que la noción de jurisdicción sea independiente de su atribución por parte del Estado a unos órganos determinados. El órgano es en sí irrelevante a los efectos de determinar la función. Lo interesante es la función y los efectos de ésta».

31 *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. *Op. cit.*, pp. 1 y ss.

32 Para una exposición general de la polémica en español, *vid.* CHIOVENDA, G. «La acción en el sistema de los derechos», 1903, recogido en *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de SENTÍS MELENDO, S.). Buenos Aires: EJEA, 1949, vol. I, pp. 17 y ss.; más recientemente, *int. al. mult.*, SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción». En *Jurisdicción, acción, proceso*. Barcelona: Atelier, 2008, pp. 181 y ss.

33 GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Civil* (con HERCE QUEMADA, V.). Madrid: Marcial Pons, 1976, vol. I, p. 227.

34 *Ibidem*; y prosigue GÓMEZ ORBANEJA: «o sea, de afirmar ante el juez que se tiene la acción».

35 CHIOVENDA, G., *loc. cit.*

36 DEGENKOLB, H. «Der Streit über den Klagrechtsbegriff». En *Beiträge zum Zivilprozeß*. Leipzig, 1905 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), p. 44.

37 DE LA OLIVA SANTOS, A. *Op. cit.*, p. 37.

38 MONTERO AROCA, J. «La acción (un intento de aclaración conceptual)». En *Ensayos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 142.

39 El primer inciso del art. 30 del NCPC lo expresa del siguiente modo: «*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*».

40 *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cívitas, 2001, pp. 21 y ss.

De otro, la incoación del arbitraje supone el ejercicio de la propia acción, entendida, en sentido *concreto*, como el derecho subjetivo público a la tutela concreta que se pretende con respecto a éste o aquel derecho e interés legítimo; en otras palabras, el derecho a una sentencia con un contenido determinado.[41]

No es ésta una duplicidad inútil, sino una distinción necesaria. El derecho a la jurisdicción es el que permite al actor impulsar el arbitraje hasta su conclusión mediante un laudo sobre el fondo; laudo que podrá ser favorable o desestimatorio. Un demandante puede, así, tener derecho al proceso arbitral, pero carecer de acción, esto es, de derecho a la tutela concreta solicitada en el arbitraje; del mismo modo, puede tener razón en lo que pide —acción—, pero *pedirlo mal*, sin cumplir los presupuestos procesales, sin que quede correctamente constituida la relación jurídico-procesal en que consiste también el arbitraje. Esta circunstancia llevará a la absolución de la instancia, a un laudo que no entre a decidir el fondo del asunto —la acción—, que quedará así imprejuzgada.

Ambos derechos se ejercitan conjuntamente mediante la puesta en marcha del proceso, sea judicial o arbitral. ¿En cuál de ellos incide el convenio arbitral? Evidentemente, no en la acción, pues tener derecho a una concreta tutela —la declaración de ser propietario, la condena a la entrega de una cosa— no depende de *dónde* o *cómo* se pida, sino de hallarse el actor dentro del supuesto de hecho al que las normas sustantivas atribuyan el efecto jurídico pretendido.

La sumisión a arbitraje nada tiene que ver con ello, sino con el derecho a la jurisdicción: el *dónde* o el *cómo* pedir la tutela en cuestión. Por virtud del convenio arbitral, las partes se obligan a seguir un cauce determinado en el ejercicio de su derecho a la jurisdicción con respecto a las peticiones de tutela jurídica que surjan en el seno de la relación jurídica comprometida. El convenio arbitral afecta sólo al *dónde* o al *cómo* de las eventuales disputas: éstas deberán resolverse precisamente mediante arbitraje. Por tanto, si se incumple la obligación compromisoria y se acude a la jurisdicción, no se pierde la acción, sino la ocasión de que los árbitros se pronuncien sobre ella.[42]

---

41 *Vid.* De la Oliva Santos, A. *Op. cit.*, *passim.* Gómez Orbaneja, E. *Derecho…*, *cit.*, pp. 225 y ss. Las consideraciones expuestas valen también si se concibe la acción en sentido abstracto, siempre que ésta venga a identificarse con el derecho a promover la actividad jurisdiccional.

42 Al margen ahora de que para ello la otra parte deba impugnar la jurisdicción del juez, aspecto de la cuestión que se analiza *infra*.

3. El arbitraje como carga del actor

Como se ha visto, el convenio arbitral afecta al derecho a la jurisdicción, sujetando su ejercicio a la condición de hacerlo mediante arbitraje. Nadie puede imponer a nadie el deber de ejercitar una acción, de formular una pretensión jurídica; pero sí es imperativo acudir al arbitraje si se quiere ejercitar una acción contra el otro compromitente. Como *condición para el ejercicio de un derecho*, el recurso al arbitraje reúne los caracteres que se predican de las cargas jurídicas.[43] El recurso al arbitraje mediando un convenio arbitral se configura así nítidamente como una *carga del derecho a la jurisdicción*.

Se ha señalado[44] que, en sí, la formulación de la pretensión, el ejercicio del derecho a la jurisdicción, presenta los caracteres de una carga. Pues bien, la carga de acudir al arbitraje viene a cualificar, por efecto de la autonomía de la voluntad —el convenio arbitral—, esa carga general o «condición absoluta»[45] que el recurso a la instancia jurisdiccional correspondiente constituye con respecto al derecho abstracto a la tutela jurídica. Dicho de otro modo, mediante el convenio arbitral, las partes asumen la carga específica de ejercitar la acción *precisamente* mediante el recurso al arbitraje, y no a la jurisdicción del Estado.

Las cargas pueden clasificarse, de un lado, en autónomas —creadas por la autonomía de la voluntad— y heterónomas —impuestas por la ley o la buena fe—, y, de otro, en materiales y procesales.[46] La carga de acudir al arbitraje es claramente una carga autónoma y no heterónoma, en tanto asumida por virtud del convenio arbitral, expresión de la autonomía de la voluntad.

Asimismo, se trata de una carga material. En efecto, las cargas materiales (*Obliegenheiten*) gravan al acreedor; las procesales (*Prozeβlasten*),[47] al litigante. Aquéllas deben levantarse para poder ejercer un derecho o para evitar su pérdida; éstas tienden a aumentar las expectativas de obtener una resolución procesal favorable. En el

---

[43] La obra de referencia en español sobre el concepto de carga es CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1988.

[44] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción». En *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México D.F.: UNAM, 1992, vol. I, p. 332.

[45] DE LA OLIVA SANTOS, A. *Op. cit.*, pp. 69 y ss.

[46] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Op. cit.*, 62 y ss.

[47] Aun con precedentes en KISCH, la doctrina de las cargas procesales es plenamente goldschmidtiana; *vid.* GOLDSCHMIDT, J. *Op. cit.*, pp. 841 y ss. La idea fue pronto recibida en el Derecho Privado a través de SCHMIDT, R. *Die Obliegenheiten: Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1953, esp. pp. 89 y ss., 101 y ss. y 312 y ss.

Derecho material la ventaja que deriva de su observancia consiste en la adquisición o en la conservación de un derecho, mientras que en el proceso el cumplimiento de la carga simplemente crea una situación que aumenta las expectativas de obtener una sentencia favorable.[48] Así, la carga material no constituye un *deber*, sino un *tener que*, que actúa como base de un *poder*.[49] Dicho de otro modo, la inobservancia de la carga determina la imposibilidad para el acreedor de ejercitar legítimamente el poder de actuación en que la facultad consiste. El acreedor «sólo puede ejercitar la facultad conectada a la carga si la observa de forma adecuada».[50]

Pues bien, la demanda arbitral no tiene por objeto aumentar las expectativas de obtener un laudo favorable, sino —cuestión claramente previa a aquélla— hacer posible que ese laudo llegue a emitirse. No es un presupuesto para evitar un perjuicio en el seno de la relación jurídica procesal-arbitral —al modo de la carga de actuar de buena fe en el arbitraje—, sino que opera como presupuesto del ejercicio de la acción misma. Acudir al arbitraje pactado constituye un *tener que*, que actúa como premisa del legítimo ejercicio de un *poder*. Esta carga reúne, en consecuencia, todos los rasgos que permiten referirse a ella como una carga material.

Y es que sólo hay cargas procesales en relación con un concreto proceso; fuera de él, no son siquiera concebibles. Sin proceso incoado, sin juez y sin partes procesales, sin relación jurídica procesal, en suma, sencillamente no hay facultad o carga alguna procesal. El convenio arbitral se limita a crear una carga para el ejercicio del derecho a la jurisdicción. *Es el derecho a la jurisdicción, y no el convenio arbitral, el que, ejercitándose en el arbitraje, engendra todo lo que de procesal hay en éste.*

4. La impugnación de la jurisdicción como carga del demandado

Carga es también, igualmente autónoma y material, la de impugnar la jurisdicción del Estado en el caso de incumplimiento de la obligación compromisoria. Es, en efecto, el convenio arbitral el que atribuye al acreedor compromisorio el derecho de rehusar ser llevada ante los tribunales del Estado. La circunstancia de que el ejercicio de ese derecho deba verificarse en uno u otro momento procesal, según lo disponga la ley, no altera ese origen negocial. La impugnación de la jurisdicción *ex compromisso* se configura así como una auténtica carga para el compromitente, de origen autónomo.

---

48 *Vid.* Alcalá-Zamora y Castillo, N. «Enseñanzas y sugerencias…», *loc. cit.*

49 En palabras de Cabanillas Sánchez, A. *Op. cit.*, p. 44, «la carga no constituye un *sollen*, sino un *müssen*, es decir, un 'tener que' para 'poder hacer'».

50 *Ibidem.*

Es asimismo, como la de acudir al arbitraje, carga material, no procesal.[51] Como hemos dicho, la *differentia specifica* entre las cargas procesales y las materiales radica en que aquéllas tienden a aumentar las expectativas de obtener una sentencia favorable, y éstas a evitar la pérdida de un derecho. Así, la impugnación de la jurisdicción del Estado no tiene por objeto «hacer valer un derecho en juicio», ni aumentar las expectativas de obtener una sentencia favorable: su único objeto es evitar que esa sentencia se dicte, que se constituya la relación jurídico-procesal. No es un presupuesto para obtener una ventaja procesal; sí lo es para ejercitar con éxito el derecho a vetar todo conocimiento del asunto por el tribunal. Y ello porque no impugnar debidamente la jurisdicción del Estado lleva aparejada la pérdida de la *oportunidad de hacer valer el propio derecho*. Es un *tener que*, que actúa como base de un posterior *poder*: impugnada la jurisdicción *ex compromisso*, no es que aumenten las expectativas de una decisión favorable; es que el juez está obligado a dejar de conocer del asunto. La inobservancia de la carga material que supone la impugnación jurisdiccional determina para el compromitente la imposibilidad de ejercitar su facultad de neutralizar el incumplimiento de su contraparte.[52]

Se objetará tal vez que el recurso al arbitraje da lugar a un proceso —arbitral—, del mismo modo que la jurisdicción debe impugnarse, precisamente, en el seno del proceso —judicial— en marcha. La objeción decae si se considera que el demandante, al incoar el arbitraje, lo que está es haciendo posible el ejercicio de un derecho —el derecho a la jurisdicción—; y que la finalidad del demandado al impugnar la jurisdicción del Estado consiste en detener el proceso judicial, no en obtener, *dentro de él*, una resolución favorable. Por supuesto, dentro tanto del proceso arbitral como del incidente judicial sobre jurisdicción, los compromitentes son también demandante y demandado, y como tal tienen todos los poderes y cargas procesales: alegación, prueba, etc. Pero, ésos los adquieren desde que se ha iniciado el proceso respectivo, mientras que el derecho de incoar o de vetar el arbitraje lo adquirieron *antes*; al suscribir el convenio arbitral.

---

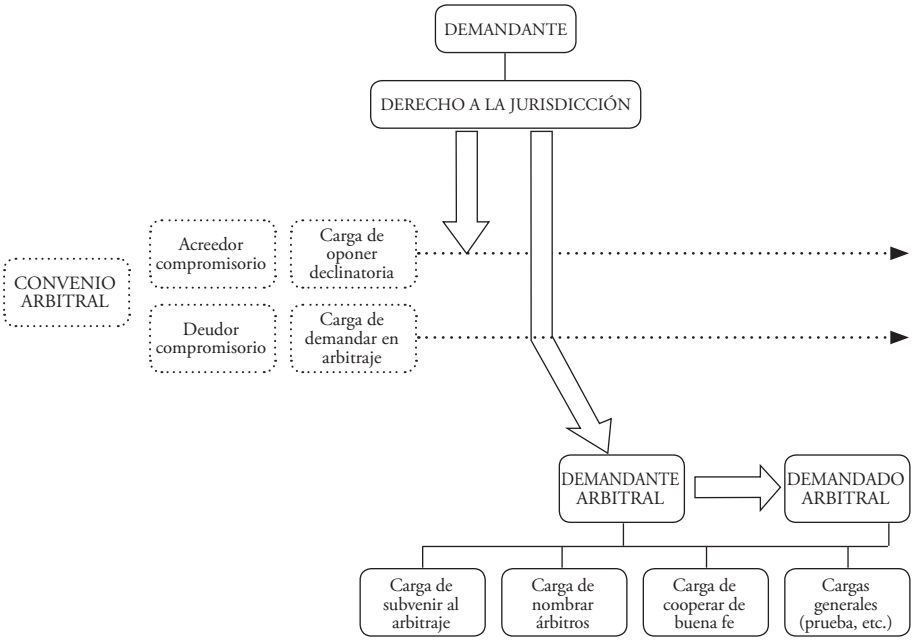
51 Con acertada intuición, la sentencia del Tribunal Constitucional español n.° 9/2005 de 17 enero de 2005, ya citada, afirma que «la cuestión de la vigencia del convenio arbitral tiene carácter material», en tanto que «afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de resolución de controversias».

52 El art. VI.I del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961, expresa esta idea de modo terminante: «Toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral deberá ser propuesta por el demandado, *so pena de pérdida de derechos*» (la cursiva es nuestra).

5. Conclusiones

Las breves consideraciones que han quedado expuestas permiten ya identificar la esencia de la relación entre arbitraje y convenio arbitral. De éste no surge efecto procesal alguno; es el derecho a la jurisdicción, ejercitado mediante el recurso al arbitraje, lo único capaz de producir efectos procesales, como, en general, de hacer nacer cualquier género de situación jurídica procesal. El convenio arbitral se limita a obligar al deudor compromisorio a acudir al arbitraje si quiere demandar: carga material y autónoma, por tanto, del derecho a la jurisdicción. Por su parte, el acreedor compromisorio goza de un derecho a no ser demandado ante los tribunales del Estado, derecho que, si resulta amenazado por el deudor, sólo puede hacerse efectivo mediante la impugnación de la jurisdicción del Estado: carga, asimismo, material y autónoma.

El siguiente esquema, con el que se pone término al trabajo, trata de resumir gráficamente las anteriores reflexiones. En él las líneas horizontales representan la relación jurídica material que nace del convenio, y las verticales, la situación jurídica procesal que surge de la demanda arbitral.



Esquema. Relación entre la obligación compromisoria —representada por las líneas horizontales— y la situación jurídica surgida del ejercicio de la acción —simbolizada por las líneas verticales—.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción». En *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México D.F.: UNAM, 1992, vol. I, pp. 317 y ss.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Examen de la nueva Ley española sobre arbitraje». En *Estudios Procesales*. Madrid: Tecnos, 1975, pp. 42 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1988.

CARNELUTTI, F. *La prova civile*. Milano: Giuffrè, 1992.

CHIOVENDA, G. «La acción en el sistema de los derechos». En *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de SENTÍS MELENDO, S.). Buenos Aires: EJEA, 1949, vol. I, pp. 17 y ss.

CONEJERO ROOS, C. «Los costos en el arbitraje internacional». En SILVA ROMERO, E. (dir.), MANTILLA ESPINOSA, F. (coord.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 732 y ss.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Madrid: Cívitas, 2010, pp. 62 y ss.

DEGENKOLB, H. «Der Streit über den Klagrechtsbegriff». En *Beiträge zum Zivilprozeβ*. Leipzig, 1905 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), pp. 1 y ss.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: Bosch, 1980.

GAILLARD, E. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid. Cívitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, J. *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin, 1925 (reed. en Scientia, Aalen, 1986).

Goldschmidt, J. «Teoría general del proceso». En *Derecho, Derecho Penal y proceso. Problemas fundamentales del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, vol. I, pp. 814 y ss.

Gómez Orbaneja, E. *Derecho Procesal Civil* (con Herce Quemada, V.). Madrid: Marcial Pons, 1976, vol. I, p. 227.

Gómez Orbaneja, E. «Legitimación y representación». En *Derecho y proceso*. Cizur Menor: Cívitas, 2009, pp. 249 y ss.

González Pérez, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cívitas, 2001.

Montero Aroca, J. «La acción (un intento de aclaración conceptual)». En *Ensayos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 117 y ss.

Munné Catarina, F. «Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje». En *AJA*, n.° 5, 2004, pp. 107 y ss.

Picó i Junoy, J. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch, 2003.

Poudret, J.F. y Besson, S. *Comparative Law of International Arbitration* (trad. de Berti, S. V., Ponti, A.). London: Sweet & Maxwell, 2007.

Satta, S. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1931.

Schmidt, R. *Die Obliegenheiten: Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1953.

Serra Domínguez, M. «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción». En *Jurisdicción, acción, proceso*. Barcelona: Atelier, 2008, pp. 181 y ss.

Serra Domínguez, M. «Naturaleza jurídica del arbitraje». En *Jurisdicción, acción, proceso*. Barcelona: Atelier, 2008, pp. 165 y ss.

Silva Romero, E. «La obligación de dar: los costos del arbitraje. Introducción». En Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 705 y ss.

Verde, G., Auletta, F. *Diritto dell'arbitrato rituale*. Torino: Giappichelli, 1997.

VON BÜLOW, O. *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*. Gießen, 1868 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969).

VON BÜLOW, O. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. de ROSAS LICHTSCHEIN, M.Á.). Buenos Aires: EJEA, 1964.

VON MEHREN, A.T. *Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study*. Leiden: The Hague Academy of International Law-Martinus Nijhoff, 2007.

WAGNER, G. *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1998.

La independencia de criterio del árbitro (o *issue conflict*)

Fernando Mantilla-Serrano[*]

Sumario: Introducción.— I. *Issue conflict*: un concepto limitado.— A. El contexto árbitro/árbitro.— B. El contexto abogado/árbitro.— C. Las opiniones del árbitro.— 1. Declaraciones espontáneas.— 2. Opiniones doctrinales.— 3. Opiniones de expertos.— II. ¿Existe alguna especificidad propia del *issue conflict*?— III. ¿Es necesario incorporar estándares más estrictos?

Introducción

En los últimos años, el denominado «club» del arbitraje ha dejado de serlo para convertirse en un gran grupo heterogéneo de actores, más o menos expertos, de la práctica arbitral. La razón de ello es evidente: el arbitraje se ha convertido en el método más utilizado para la solución de controversias en el comercio internacional.

Este crecimiento del arbitraje internacional ha sido acompañado, sobre todo en el campo del arbitraje de inversión, por el recurso a la noción de «transparencia» que algunos han erguido en paradigma de la integridad y de la legitimidad del arbitraje y de quienes participan en él. El arbitraje de inversión presenta un terreno favorable para ello. Esto se debe, entre otras razones, a ciertas de sus características propias; como, por ejemplo, la publicidad de los laudos, la naturaleza de las cuestiones planteadas (que son relativamente pocas y que surgen de tratados de protección de inversiones que son en su mayoría muy similares),[1] y la consideración de temas políticos

---

[*] El presente artículo se basa en el artículo «*L'indépendance d'esprit de l'arbitre (ou l'*issue conflict)» publicado por el autor en el *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, 441 (Levy, L. & Y. Derains (eds.). Pedone, 2011).

[1] *Tza Yap Shum c/ República del Perú* (caso CIADI n.º ARB/07/6), laudo arbitral del 7 de julio de 2011, § 140 («Desde la firma del primer tratado bilateral en materia de inversión entre Alemania y Pakistán en 1959, más de 2.600 tratados se han firmado, la mayoría de los cuales contienen disposiciones similares»).

y del interés público como consecuencia de la participación directa de los Estados en estos arbitrajes.

Sin embargo, la invocación a la «transparencia» no es exclusiva del arbitraje de inversión. En la actualidad existen numerosas iniciativas, en el área del arbitraje comercial, que abogan por más transparencia como forma de garantizar la seguridad jurídica y la legitimidad del sistema arbitral.[2]

La participación de terceros en el arbitraje[3] y el carácter público de las distintas etapas del procedimiento[4] (en ciertos casos se ha llegado incluso a permitir el acceso del público a las audiencias arbitrales)[5] son factores que intentan acercar el arbitraje al «hombre común». Sin embargo, estos mismos factores pueden colocar al arbitraje en riesgo de convertirlo en una réplica del procedimiento judicial, generando así un aumento en los costos del arbitraje y pérdida de eficacia de los procedimientos arbitrales. En particular, existen ciertas prácticas dilatorias —tanto de abogados como de árbitros— que, imitando ciertas prácticas propias de los litigios ante los jueces estatales, dan origen a un procedimiento híbrido que al final corre el riesgo de producir un resultado que priva al arbitraje de sus beneficios.[6]

Dentro de este contexto de asimilación del arbitraje a los litigios locales, las declaraciones de independencia de los árbitros se han convertido en objeto de especial

---

2 Para un panorama sobre este fenómeno, ver: ROGERS, C.A. «Transparency in International Commercial Arbitration». *Kansas Law Review*, 2006, Bocconi Legal Studies Research Paper n.° 06–10. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=888485.

3 Ver, por ejemplo: MISTELIS, L.A. «*Confidentiality and Third Party Participation*». *Arb. Int'l*, vol. 21, 2005, issue n.° 2, en p. 211; KNAHR, C. «*Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*». *Arb. Int'l*, vol. 23, 2007, en p. 327; Stern, B. «*L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur*». *Rev. Arb*, 2002, n.° 2, en p. 329. Ver, especialmente, el caso TLCAN/CNUDMI *Glamis Gold Ltd c/ Estados Unidos de América*, en el cual seis solicitudes de *amici curiae* fueron presentadas (los documentos pueden ser consultados en http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx).

4 Por ejemplo, dentro del marco del TLCAN, todos los documentos del procedimiento pueden ser consultados en el sitio: http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx.

5 Ver, especialmente, los arbitrajes CAFTA *Pacific Rim Cayman LLC c/ República de El Salvador* (caso CIADI n.º ARB/09/12) y *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c/ República de El Salvador* (caso CIADI n.°. ARB/09/17), cuyos documentos son públicos conforme al artículo 10.21 (1) del CAFTA, y pueden ser consultados en el sitio web de la República de El Salvador (www.minec.gob.sv). Sus audiencias fueron abiertas al público.

6 AKSEN, G., K.H. BÖCKSTIEGEL, M.J. MUSTILL, P.M. PATOCCHI y A.M. WHITESELL (dirs.). «*L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage*». En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum Robert Briner*, Publications CCI 2005, en p. 478.

atención y escrutinio.[7] En este sentido, son muy elocuentes las estadísticas que indican un aumento significativo en el número de solicitudes de recusación presentadas en los últimos años.[8]

Dentro de las «controversias» propias que surgen en los procedimientos de recusación, existe en la actualidad una especie de «conflicto de interés» que se denomina comúnmente como *issue conflict*. Esta nueva hipótesis de conflicto no se relaciona con la independencia o imparcialidad del árbitro respecto de las partes o de sus abogados, sino que se vincula con la imparcialidad del árbitro respecto de las cuestiones («*issues*») discutidas en el arbitraje.

La noción de *issue conflict* ha sido definida como «[the] *actual or apparent bias on the part of the arbitrator stemming from his or her previously expressed views on a question that goes to the very outcome of the case to be decided. It denotes the arbitrator's relationship to the subject matter of the dispute and his or her perceived capacity to adjudicate with an open mind*».[9]

Es frecuente que los profesionales que practican en el área del arbitraje internacional participen en distintos procedimientos en calidad de árbitros, peritos o abogados de parte, y, por tanto, que caigan sobre ellos sospechas de tener un cierto espíritu de «club». Los críticos de esta práctica sostienen que de esta forma se originan

---

7 Recientemente, los tribunales franceses se han pronunciado sin ambigüedad con el fin de sancionar los incumplimientos a las obligaciones de revelación por parte del árbitro. Ver, especialmente, Corte de Apelación de París, 12 de febrero de 2009, *Avax c/ Tecnimont*, n.º 07/22167, *Rev. Arb*., 2009, p. 186, nota Clay, Th. (fallo anulado por otros motivos, ver Corte de Casación, Civ. 1ère, 4 de noviembre de 2010 y la Nota de Clay, Th. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. 4, 2010, p. 1147), y la decisión de la jurisdicción de reenvío, Corte de Apelación de Reims, n.º 10/02888, *Rev. Arb*. 2012, pp. 112-119; ver también, Corte de Apelación de París, 9 de septiembre de 2010, *Allaire c/ S.A.S. SGS Holding France*, n.º 09/16182.

8 Ver Whitesell, A.M. «*L'indépendance dans l'arbitrage de la CCI: pratique de la Cour de la CCI en matière de nomination, confirmation, récusation et remplacement des arbitres*». En *L'indépendance de l'arbitre, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial, 2007, en pp. 7 y ss.; Nicholas, G. y C. Partasides. «LCIA Court Decision on Challenges to Arbitrators: a Proposal to Publish». *Arb. Int'l*, vol. 23, 2007, p. 1; Harris, C. «*Arbitrator Challenges in International Investment Arbitration*», *TDM*, vol. 5, issue n.° 4, julio 2008.

9 Sinclair, A. y M. Gearing. «*Partiality and Issue Conflicts*». *TDM*, vol. 5, issue n.° 4, julio 2008. En español: «[la noción de *issue conflict* ha sido definida como] el prejuicio, real o aparente, del árbitro que surge de las opiniones que hubiere expresado previamente sobre una cuestión que es fundamental para la resolución del caso a ser decidido. Denota la relación que el árbitro tiene con la cuestión y la percepción sobre su capacidad para decidir el caso con mente abierta» (traducción del autor). Ver también Ziadé, N. «*How many hats can a player wear: arbitrator, counsel and expert?*». *ICSID Review*, vol. 24, 2009, p. 49.

numerosas situaciones de conflicto que son incompatibles con la independencia e imparcialidad que debería esperarse de los árbitros.

Algunos sectores sostienen que los estándares establecidos actualmente en los distintos reglamentos de arbitraje deben ser actualizados a fin de poder encuadrar esta situación.[10] Tal ha sido |el caso, por ejemplo, de la enmienda al Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI») del año 2006.[11]

Otros, por su parte, reclaman incluso el establecimiento de una regla que prohíba la doble función de árbitro y de abogado.[12] En el año 2009, por ejemplo, la Corte de Arbitraje para el Deporte modificó su reglamento en este sentido.[13]

La intención de este artículo no es llevar a cabo un estudio exhaustivo en materia de *issue conflict*[14] sino responder a ciertas opiniones que han sido expresadas en algunas decisiones adoptadas en arbitrajes de inversión.

---

10 Ver, por ejemplo: LUTRELL, S. *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a «Real Danger Test"*, *Kluwer Law International,* 2009, especialmente Capítulo 7: «*Bias Challenges in Investor–State Arbitration*», pp. 211-247; BRUBAKER, J.R. «*The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication*». *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, 2008, en p. 111; y MOUAWAD, C. «*Issue Conflict in Investment Treaty Arbitration*». TDM, vol. 5, issue n.° 4, julio 2008 (actualizado en octubre del 2009).

11 Ver artículo 6(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI tal como fuera modificado en el año 2006 a partir de las propuestas presentadas por el Secretario General del CIADI en el año 2004. Según esta disposición un árbitro debe revelar «cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio» (ver: «*ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*», 22 de octubre de 2004, pp. 12-13: «*The relevant ICSID provisions, ICSID Arbitration Rule 6(2) and Article 13(2) of the Additional Facility Arbitration Rules, could be amended similarly to require the arbitrator to disclose, not only any past or present relationships with the parties, but more generally any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's reliability for independent judgment. This might in particular be helpful in addressing perceptions of issue conflicts among arbitrators*»). Para un análisis de la experiencia del CIADI en materia de *issue conflict,* ver ZIADÉ, N. *Op. cit*, *supra*, nota 9.

12 Ver, por ejemplo, la intervención de Philippe Sands QC durante la conferencia anual de la *International Bar Association* en 2009, mencionada por HIRANITZKY, Dennis H. y Eduardo SILVA ROMERO. En «*The 'Double Hat' Debate in International Arbitration*». *New York Law Journal*, 14 de junio de 2010.

13 Ver el artículo S18 del Estatuto de los Órganos a cargo del Arreglo de Diferencias en Materia de Deporte que establece: «*CAS arbitrators and mediators may not act as counsel for a party before the CAS*».

14 Para un análisis crítico de la práctica de varios fueros internacionales y de los distintos estándares aplicados, ver BRUBAKER, J.R. «*The Judge Who Knew Too Much…*». *Op. cit.*, p. 111.

En la actualidad, el mayor número de solicitudes de recusación fundadas en *issue conflict* se presentan en arbitrajes de inversión. Esto se debe, tal como hemos adelantado, a las especificidades propias de esta área; entre ellas, la publicidad de sus decisiones, las sistemáticas referencias en los laudos a casos anteriores (a pesar de no ser aplicable el principio de *stare decisis*), y la similitud de las normas establecidas en los distintos tratados de protección de inversiones. Esta situación se ve agravada, a su vez, a raíz de la extensa cobertura mediática de los casos donde los Estados son parte, las cuestiones de interés público involucradas, las vicisitudes políticas propias de estos casos, y las denuncias o amenazas de denuncia de la Convención de Washington llevadas a cabo por ciertos Estados.[15]

¿Es necesario individualizar al *issue conflict* en una nueva categoría?[16] El análisis de los casos abarcados por las hipótesis de *issue conflict* revela que han sido muy limitadas las recusaciones dictadas sobre la base de este motivo (**I**). En efecto, las quejas contra los árbitros, en los casos que son justificadas, se enmarcan en los conceptos ya conocidos de independencia e imparcialidad. Esto revela que la existencia misma de la noción de *issue conflict* es dudosa (**II**). En consecuencia, la utilidad de llevar a cabo una revisión de las reglas existentes resulta cuestionable; y las propuestas de separación estricta entre árbitros y quienes son abogados de parte debe ser rechazada (III).

I. *Issue conflict*: un concepto limitado

El estudio de las distintas decisiones relativas a la independencia de criterio del árbitro revela que el término *issue conflict* abarca una amplia variedad de situaciones. En efecto, la recusación de árbitros ha sido solicitada sobre la base de las decisiones en las que hubiera participado con anterioridad; en los asesoramientos que hubieran brindado y que estuvieran de alguna manera relacionados con el caso que deben decidir; o incluso en las opiniones que los árbitros pudieran haber expresado en la prensa o en artículos académicos.

---

15 Ver, por ejemplo, las justificaciones que fueron avanzadas por parte del Estado Boliviano a fin de denunciar la Convención de Washington en «Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado» por el equipo de análisis del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia, disponible en: http://www.defensalegal.gob.bo. Ver también Levine, J. «*Dealing with Arbitrator 'Issue Conflicts' in International Arbitration*». *Global Arbitration Journal*, 2006 (febrero-abril), disponible en: www.allbusiness.com.

16 Harrison, M.L. «*Chapter 3: Issue Conflict in International Arbitration: Much Ado about Nothing?*». En Laird, I.A. y T. Weiler (dirs.). *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet (2009), vol. 2, p. 19.

Un análisis rápido de estos casos nos lleva, no sólo a apreciar la gran imaginación desplegada por las partes en sus intentos por recusar a un árbitro que no goza de su preferencia, sino también a interrogarnos sobre la justificación de crear una tipología especial para este tipo de conflictos.

De modo preliminar, podemos observar que, si bien el arbitraje de inversión es el área donde el problema es hoy más visible, tampoco queda exento del mismo el arbitraje comercial. La limitada información disponible sobre el tema en los arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional («CCI») nos revela algunas situaciones muy similares a las planteadas en arbitrajes de inversión.[17] Sin duda, la iniciativa de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»), que anunció que hará públicas sus decisiones en materia de recusación de árbitros,[18] ayudará a proporcionar mayor información al respecto.

A. El contexto árbitro/árbitro

En ciertos casos las partes han intentado demostrar la existencia de un conflicto que justifique la recusación de un árbitro sobre la base de su participación como árbitro, anterior o simultánea, en otros casos similares. Veamos algunos ejemplos.

La República Argentina solicitó la recusación del árbitro nombrado por el inversor en el caso *BG Group Plc*. a raíz de su «*capricious stance in treating Argentina's necessity defense*»[19] en dos casos anteriores, *LG&E c/ República Argentina* [20] y *Enron c/ República Argentina*.[21] En estos dos casos, el árbitro había firmado los laudos (sin suscribir una opinión disidente) y, mientras que en uno de ellos admitió la defensa de necesidad, en el otro la rechazó. La solicitud de recusación fue rechazada por la Corte

---

17 Ver los casos citados por WHITESELL, A.M. *Op. cit. supra*, nota 8.

18 La LCIA anunció en junio de 2006 que comenzaría a publicar sus decisiones sobre recusación de árbitros. Ver, especialmente, GRAY, N. y D. CROSBIE. «*Winds of Change? The Pending Publication of LCIA reasoned decisions on arbitral Independence*», abril 2009, disponible en: www.slaughterandmay.com. Ver también los comentarios de NICHOLAS, G. y C. PARTASIDES. *Op. cit. supra*, nota 8; BORN, G. «*Institutions Need to Publish Arbitrator Challenge Decisions*», comentario del 10 de mayo 2010 en el blog de *Kluwer Arbitration*, disponible en: http://kluwerarbitrationblog.com.

19 *República Argentina c/ BG Group Plc.*, caso n.º 08–0485 (RBW) (D.D.C.), solicitud de anulación o modificación de laudo arbitral, presentada en el 21 de marzo 2008, § 76. Traducción al español del autor: «[*por su*] postura caprichosa en el tratamiento de la defensa de necesidad sostenida por la Argentina».

20 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/02/1).

21 *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/01/3).

Internacional de Arbitraje de la CCI, que había sido llamada a actuar como autoridad nominadora. Sin embargo, debido a que las decisiones de la CCI en materia de recusaciones no son motivadas, no es posible saber cuál fue el razonamiento subyacente.

Frente a esta situación, la Argentina interpuso un recurso ante los tribunales de Estados Unidos, donde nuevamente fue rechazada su petición con base en que «[t] *he upshot is that there is no basis for the Court to conclude that* [the arbitrator] *was a biased arbiter without engaging in rank speculation. Accordingly, Argentina has failed to provide the Court with "direct" and "definite" evidence of arbiter bias which is necessary to prevail under Section 10(a) (2) of the FAA*».[22]

En una muestra del daño colateral y las reacciones infundadas que este tipo de recusaciones pueden tener, dos artículos aislados han pretendido sugerir que todo coárbitro (sobre todo aquél que hace constar su voto disidente) tiene algún grado de parcialidad y que lo ideal sería que todos los árbitros fueran nombrados por la institución.[23]

La Argentina también solicitó la recusación de un árbitro designado por los inversores en tres casos relativos a concesiones de agua[24] sobre la base de que había sido árbitro en un arbitraje similar (*Aguas del Aconquija c/ República Argentina*) donde se había condenado a la Argentina.[25] El tribunal arbitral estuvo integrado por los mismos árbitros en los tres casos. El tribunal rechazó la solicitud de la Argentina por haber sido interpuesta de forma extemporánea. Sin embargo, en cuanto al fondo de la solicitud, el tribunal arbitral expresó que «[l]a conclusión de que un árbitro o un juez carece de imparcialidad requiere pruebas mucho más sólidas que las consistentes en que ese árbitro haya participado en una decisión unánime con otros dos árbitros en

---

22 *República de Argentina c/ BG Group Plc*, caso n.° 08-0485 (USDC D.D.C. Memorándum Opinión del 7 de junio de 2010), pp. 20-21. Traducción al español del autor: «No existe ninguna razón para concluir que [el árbitro] no era independiente, a menos de caer en total especulación. La Argentina no ha podido proporcionar a este juez ninguna prueba clara y directa acerca de la falta de independencia del árbitro según resulta necesario de acuerdo con el artículo 10(a) (2) de la F.A.A.».

23 Ver: Paulsson, J. «*Moral Hazard in International Dispute Resolution*». *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2010, 25 (2): 339-355; y Van den Berg, A.J. «*Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*». *Looking to the Future*, *Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2010, Ch. 42.

24 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/03/17); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/03/10); y *AWG Group c/ República Argentina* (CNUDMI / TBI Argentina-Reino Unido).

25 *Idem*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), § 12.

un caso en que una parte de ese caso sea actualmente parte en un caso en el que ahora esté entendiendo ese árbitro o juez. Sostener lo contrario tendría graves consecuencias negativas en todo sistema de solución de diferencias».[26] Asimismo, el tribunal señaló que los hechos que dieron origen al primer caso (*i.e.*, *Aguas del Aconquija*) fueron muy anteriores a la crisis económica argentina del año 2001, que fue la circunstancia desencadenante de los otros tres casos. Asimismo, el tribunal agregó que los tratados sobre los cuales los inversores iniciaron los arbitrajes eran diferentes.[27]

La República de Gabón, en el caso *Participaciones Inversiones Portuarias*,[28] impugnó la designación de un árbitro que había sido miembro de un tribunal en otro caso en el cual se había dictado un laudo en sentido desfavorable a Gabón. Según Gabón, existía riesgo de prejuzgamiento a raíz de que en ambos casos se discutían decisiones del gobierno vinculadas a contratos de concesión correspondientes a un mismo contexto político, y se trataban cuestiones jurídicas similares.[29]

En su decisión denegatoria de la solicitud de recusación, el Secretario General del CIADI declaró que «*le fait d'avoir participé à un tribunal ayant pris position à l'égard de l'une des parties ne peut en soi établir le manque d'impartialité d'un arbitre*»[30] y agregó que en ninguno de los dos casos se habían observado elementos comunes con excepción de «*un même contexte de privatisation à la fin des années 1990*».[31]

En *Tidewater c/ Venezuela*[32] el inversionista solicitó la recusación del árbitro propuesto por Venezuela, entre otras razones, a raíz de su participación como árbitro en el caso *Brandes c/ Venezuela*.[33] Se alegó que en el caso *Brandes* sería debatida una cuestión idéntica a la que oportunamente sería tratada en *Tidewater*, esto es, la aplicación del derecho venezolano como fundamento del consentimiento de Venezuela para someter la controversia a arbitraje. Dado que la decisión sobre esta cuestión sería adoptada primeramente en el caso *Brandes*, el inversionista planteó el riesgo de pre-

---

26 *Ibidem*, § 36.

27 *Ibidem*, § 37.

28 *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c/ República de Gabón* (caso CIADI n.º ARB/08/17).

29 *Idem*, decisión acerca de la recusación de un árbitro del 12 de noviembre de 2009, § 15.

30 *Ibidem*, § 30. Traducción del autor al español: «El hecho de haber participado en un Tribunal que adoptó una determinada posición con respecto a alguna de las partes no puede, por sí mismo, constituir falta de imparcialidad de un árbitro».

31 *Ibidem*, § 32. En español, «un mismo contexto de privatización a fines de los años '90» (traducción del autor).

32 *Tidewater Inc., Tidewater SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c/ República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/10/5), decisión sobre recusación del 23 de diciembre de 2010.

33 *Brandes Investment Partners c/ Bolivarian Republic of Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/08/3).

juzgamiento, ya que necesariamente la misma cuestión sería luego tratada en el caso *Tidewater*, alegando que no tendría oportunidad de plantear esta cuestión al árbitro con anterioridad a que éste hubiera formado ya una opinión al respecto.

Los restantes miembros del tribunal rechazaron la solicitud de recusación. Con respecto a la identidad de la cuestión a tratar en ambos arbitrajes, los restantes coárbitros sostuvieron que «*investment and even commercial arbitration would become unworkable if an arbitrator were automatically disqualified on the ground only that he or she was exposed to similar legal or factual issues in concurrent or consecutive arbitrations*».[34]

En el caso *Universal Compression c/ Venezuela*,[35] el demandante solicitó la recusación del árbitro designado por Venezuela sobre la base de que dicho árbitro había sido designado en repetidas ocasiones (por lo menos, en tres casos anteriores) por el Estado venezolano. El demandante alegó que el árbitro sería incapaz de juzgar de manera imparcial este caso, ya que el mismo involucraba cuestiones similares a aquellas debatidas en los otros tres casos. El demandante argumentó que en los cuatro casos en cuestión se debatían las demandas de inversionistas que alegaban haber sido perjudicados por medidas de carácter expropiatorio del Estado venezolano.[36]

El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI rechazó la solicitud de recusación planteada por el inversor y afirmó que el hecho de que un árbitro haya decidido en un determinado sentido en un caso no determina que dicho árbitro no pueda decidir de modo imparcial en otros casos. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI agregó que «[t]*he international investment arbitration framework would cease to be viable if an arbitrator was disqualified simply for having faced similar factual or legal issues in other arbitrations*».[37]

---

[34] *Tidewater c/ Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/10/5), decisión sobre recusación del 23 de diciembre de 2010 § 68. Traducción al español del autor: «el arbitraje de inversión e incluso el arbitraje comercial serían inviables si un árbitro fuera recusado automáticamente sobre la base que hubiera participado en arbitrajes concomitantes o consecutivos donde se discutieran temas legales o fácticos similares».

[35] *Universal Compression c/ República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/10/9).

[36] *Ibidem*, decisión sobre recusación del 20 de mayo de 2011, ver § 25: «*Claimant asserts that the claimants in all four cases are foreign investors in service industries in Venezuela, who are alleging Venezuela has seized property through expropriatory measures*». Traducción al español del autor: «la Demandante alega que los demandantes en los cuatro casos son inversores extranjeros prestadores de servicios en Venezuela, quienes alegan que Venezuela ha confiscado sus bienes a través de medidas expropiatorias».

[37] *Ibidem,* § 83. Traducción al español del autor, «el arbitraje internacional de inversión dejaría de ser viable si un árbitro fuera recusado simplemente por haberse enfrentado con cuestiones fácticas y legales similares en otros arbitrajes».

B. El contexto abogado/árbitro

El otro gran motivo sobre el cual se fundan alegaciones de *issue conflict* es el del doble papel de árbitro y de abogado que, generalmente, y desde tiempos inmemoriales asumen quienes se desempeñan en el área del arbitraje internacional.

En el caso *Eureko*,[38] Polonia había pedido la recusación de un árbitro debido a que éste había utilizado, en su carácter de abogado del inversionista en el caso *Vivendi*, los argumentos del laudo parcial del caso *Eureko* que él había contribuido a dictar. Por las mismas razones, en el caso *Vivendi*, la República Argentina había intentado que se excluyera del debate toda referencia a dicha decisión. Desafortunadamente para nuestro análisis, ninguno de estos cargos fue decidido de modo expreso. En el caso *Eureko*, la solicitud de recusación de Polonia fue rechazada por extemporánea por el Tribunal de Apelaciones de Bruselas.[39] Por su parte, la solicitud de Argentina fue rechazada implícitamente, dado que el laudo *Vivendi* hizo caso omiso a las objeciones de Argentina y se refirió expresamente al laudo *Eureko*.[40]

En el arbitraje *ad-hoc Telekom Malaysia c/ Ghana*, Ghana cuestionó la imparcialidad del árbitro designado por el inversionista sobre la base de su desempeño simultáneo como árbitro y como abogado en dos casos distintos. En efecto, Ghana alegó que utilizaría como fundamento de su argumentación un laudo, *Consortium RFCC c/ Reino de Marruecos*, y que el árbitro recusado, actuando esta vez como abogado, estaba solicitando la anulación de ese laudo. Llamado a decidir, el Tribunal de Distrito de La Haya consideró que ambos mandatos eran incompatibles: «[a]*ccount should be taken of the fact that the arbitrator in the capacity of attorney will regard it as his duty to put forward all possibly conceivable objections against the RFCC/Morocco award. This attitude is incompatible with the stance* [he] *has to take as an arbitrator in the present case, i.e. to be unbiased when examining these in the present case and consulting thereon in chambers with his fellow arbitrators*».[41] El tribunal holandés concluyó que «[e]*ven if*

---

38 *Eureko B.V. c/ República de Polonia (ad-hoc).*

39 Tribunal de Apelaciones de Bruselas, 29 de octubre de 2007, *República de Polonia c/ Eureko BV*, (RG n.º 2007/AR/70), *Petites Affiches*, 24-25 de marzo de 2008, n.° 60-61, pp. 17-24. La solicitud de recusación se fundó en los vínculos que el árbitro mantenía con el despacho de abogados que asesoraba en otro arbitraje contra Polonia, ver fallo del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas del 22 de diciembre 2006 disponible en http://italaw.com/documents/eureko-arbitratorchallengefr.pdf.

40 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*, (caso CIADI n.º ARB/07/3), laudo del 20 de agosto de 2007, § 7.4.17.

41 *Telekom Malaysia Berhad c/ República de Ghana* (Recusación n.° 13/2004, solicitud n.° HA/RK/2004.667), Decisión del Tribunal de La Haya del 18 de octubre de 2004, *ASA Bulletin*. Kluwer Law International, 2005, vol. 23, issue n.° 1, p. 191. Traducción del autor al español: «Hay que tener en cuenta que el árbitro, actuando como abogado, considerará como su obliga-

this arbitrator were able sufficiently to distance himself in chambers from his role as attorney in the annulment proceedings… account should in any event be taken of the appearance of his not being able to observe the said distance. […] *There will be justified doubts about his impartiality if* [he] *does not resign as attorney in the RFCC/Moroccan case*».[42]

El árbitro aceptó esta sugerencia del Tribunal de Distrito de La Haya y puso fin a su papel de abogado en la anulación del laudo *RFCC*. La República de Ghana, no conforme con esta situación, recurrió nuevamente a los tribunales de Holanda y solicitó la recusación del árbitro por considerar que el prejuicio aún continuaba vigente. En una segunda decisión, el Tribunal de Distrito de La Haya rechazó dicha solicitud indicando que: «[a]*n arbitrator has to decide on a question pertaining to which he has previously, in another case, defended a point of view. Save in exceptional circumstances, there is no reason to assume however that such an arbitrator would decide a question less openminded than if he had not defended such a point of view before*».[43]

En el caso *Grand River Enterprises c/ Estados Unidos de América*,[44] iniciado sobre la base del Tratado de Libre Comercio de América del Norte («TLCAN») y administrado por el CIADI bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI»), se solicitó la recusación de un árbitro por su participación como abogado en procedimientos contra diversas agencias del gobierno de los Estados Unidos de América en materia de derechos humanos. Este árbitro era abogado en ciertos procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial («CEDR»).

---

ción plantear todas las objeciones posibles en contra del laudo RFCC/Marruecos. Esta actitud no puede conciliarse con la postura que tiene que adoptar como árbitro en el presente caso, esto es, ser imparcial al examinar las objeciones en este caso y al discutir las mismas junto con los otros árbitros».

42 *Ibidem*, pp. 191-192. Traducción al español del autor: «Aun en el caso de que el árbitro fuese capaz de distanciarse suficientemente de su papel de abogado durante el procedimiento de anulación […] de todas maneras, hay que tener en cuenta las apariencias que podría haber sobre su incapacidad de tomar dicha distancia […]. Existirán dudas justificadas acerca de su imparcialidad si no renuncia a su cargo de abogado en el caso RFCC/Marruecos».

43 *Telekom Malaysia Berhad c/ República de Ghana* (Recusación n.° 13/2004, solicitud n.° HA/RK/2004.778), fallo del Tribunal de Distrito de La Haya del 5 noviembre de 2004. *ASA Bulletin.* (Kluwer Law International, 2005, vol. 23, issue n.° 1) p. 195, § 11. Traducción al español del autor: «un árbitro debe decidir sobre un asunto sobre el cual sostuvo un determinado punto de vista en un caso anterior. Salvo circunstancias excepcionales, no hay ninguna razón para suponer que dicho árbitro decidirá la cuestión con menor libertad de juicio que si no hubiera defendido tal punto de vista con anterioridad».

44 **Grand River Enterprises y otros c/** Estados Unidos de América**.** CNUDMI/TLCAN.

Según los Estados Unidos, su actividad profesional le impedía actuar como árbitro en el mencionado caso debido a que, en ambos supuestos (*i.e.*, como árbitro y como abogado), la cuestión a evaluar incluía el cumplimiento por Estados Unidos de sus obligaciones internacionales. En sentido similar al caso *Telekom Malaysia*, el Secretario General del CIADI invitó al árbitro abandonar su papel de abogado por considerarlo incompatible con su función de árbitro.

El árbitro cesó su actividad de abogado, pero comunicó que mantendría un cargo académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona, donde supervisaba el trabajo de ciertos estudiantes en temas vinculados a derechos humanos y al CEDR.

En su decisión final rechazando la recusación, el Secretario General del CIADI distinguió claramente dos situaciones: «(i) *representing parties in international fora where the underlying aim is similar to the aim of the current arbitration (i.e., assessing whether the United States is in compliance with its international legal obligations); and (ii) supervising students as part of a clinical course. The former requires advocacy of a position; the latter involves instruction and mentoring*».[45] A partir de esta afirmación puede concluirse que, según el Secretario General del CIADI, el desempeño del árbitro como abogado ante el CEDR justificaría su recusación.

En otras ocasiones, el vínculo invocado es aún más lejano o indirecto. Esto sucede, por ejemplo, cuando no es la persona del árbitro la causa de la recusación sino sus vínculos con determinado despacho de abogados.

En los casos *Siemens*,[46] *Azurix*[47] y *National Grid*,[48] la Argentina intentó sin éxito la recusación de un árbitro argumentando que éste era socio del despacho que había nombrado como árbitro en otro caso (*Duke Energy c/ República del Perú*[49]) a quien era el abogado de los inversionistas en los tres casos. La Argentina alegó, además, que los casos contra Argentina y contra Perú planteaban cuestiones similares. Las decisio-

---

45 *Grand River Enterprises y otros c/ Estados Unidos de América,* CNUDMI/TLCAN, carta del Secretario General del CIADI del 28 de noviembre de 2007, disponible en www.naftalaw.com. Traducción del autor al español: «(i) Representar a partes en fueros internacionales donde el objeto subyacente es similar al objeto del presente arbitraje (esto es, evaluar si Estados Unidos cumplió con sus obligaciones internacionales); y (ii) supervisar a estudiantes como parte de un curso. La primera situación implica defender una posición; la segunda implica enseñanza y guía».

46 *Siemens A.G. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/02/8).

47 *Azurix Corp. c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/01/12).

48 *National Grid Plc. c/ República Argentina*, CNUDMI (Caso n.° 1:09-cv-00248-RBW), disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/NGvArgentina.pdf.

49 *Duke Energy c/ República del Perú* (caso CIADI n.º ARB/03/28).

nes adoptadas no fueron publicadas; sin embargo, en los tres casos las solicitudes de recusación fueron rechazadas.

Del mismo modo, en el caso *Cemex Caracas Investments B.V.* y *Cemex Caracas II Investments B.V. c/ Venezuela*,[50] uno de los árbitros había sido cuestionado por su relación con un despacho, del cual ya no formaba parte, que representaba a otro inversionista en un caso contra Venezuela. Ambos casos se enmarcaban en el contexto de la nacionalización de la industria del cemento. Los restantes miembros del tribunal no se pronunciaron sobre la cuestión, ya que la solicitud fue denegada por haber sido presentada de manera extemporánea.

C. Las opiniones del árbitro

1. Declaraciones espontáneas

En el caso *Canfor c/ Estados Unidos de América*,[51] el inversionista —una empresa canadiense— había designado a un árbitro que, un año antes de su nombramiento, se había referido, en un discurso, a la actitud de los Estados Unidos de América en el asunto en cuestión. En tal ocasión el árbitro había expresado lo siguiente: «[w]*e have won every single challenge on softwood lumber, and yet* [the U.S.] *continue*[s] *to challenge us with respect to those issues, because they know the harassment is just as bad as the process*».[52] Los Estados Unidos de América basaron su pedido de recusación en este discurso por cuanto reflejaba la parcialidad del árbitro contra Estados Unidos y su prejuicio respecto del caso. Por su parte, el CIADI comunicó al árbitro que aceptaría la recusación si éste no renunciaba. Seguidamente, el árbitro renunció a su mandato arbitral.

En el caso *Perenco c/ Ecuador* [53] un árbitro fue recusado por sus declaraciones en la prensa y su recusación fue aceptada por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). El árbitro había dicho lo siguiente: «[t]*here is an issue*

---

50 *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c/ República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/08/15), decisión sobre recusación del 6 de noviembre de 2009.

51 *Canfor Corporation c/ Estados Unidos de América.* TLCAN, disponible en www.naftaclaims.com.

52 Citado por Levine, J. en «Dealing with Arbitrator Issue Conflict in International Arbitration». *Dispute Resolution Journal*, febrero-abril 2006 y Legum, B. «Investor-State Arbitrator Disqualified for Pre-Appointment Statements on Challenged Measures». *Arb. Int'l*, vol. 21, 2005, pp. 241-242. Traducción al español del autor: «Hemos ganado todos los casos relativos a las disputas en torno a la madera y, a pesar de esto, [los Estados Unidos] continúan desafiándonos respecto a estas cuestiones, porque saben que el acoso es tan malo como el proceso».

53 *Perenco Ecuador Limited c/ República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (caso CIADI n.º ARB/08/6).

of acceptance and the willingness to continue participating in it, as exemplified by what Bolivia has done and what Ecuador is doing. Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements, etc., the politics may change. After a certain point, no one will invest without having something to rely on».[54] El Secretario General de la CPA estimó que «*the combination of the words chosen by* [the arbitrator] *and the context in which he used them have the overall effect of painting an unfavourable view of Ecuador in such a way as to give a reasonable and informed third party justifiable doubts as to Judge Brower's impartiality*».[55]

2. Opiniones doctrinales

Hasta la fecha, los supuestos de conflicto entre las opiniones doctrinales del árbitro y el objeto de determinado arbitraje no han dado lugar a la recusación de árbitros.

Este tema fue discutido en el caso *Urbaser c/ República Argentina*.[56] La cuestión trató acerca de los escritos de un árbitro sobre dos temas que el inversor consideraba cruciales en el caso: la cláusula de nación más favorecida y el estado de necesidad. La solicitud del inversor fue rechazada, principalmente, debido a que «la mera exposi-

---

[54] *Perenco Ecuador Limited c/ República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (caso CIADI n.º ARB/08/6). Decisión sobre Recusación de un Árbitro del 8 de diciembre de 2009, § 27. Traducción del autor al español, «Hay un problema de aceptación y de buena disposición en continuar participando en esto, tal como quedó ejemplificado por lo que Bolivia ha hecho o lo que Ecuador está haciendo. En este momento, Ecuador rehúsa explícitamente cumplir con las órdenes de dos tribunales CIADI en relación con estrictas medidas provisionales, y sostienen que sólo tienen que cumplir con su derecho nacional y que las órdenes no hacen ninguna diferencia. Pero, cuando estos países obstinados descubran que los demandantes van a actuar del mismo modo que lo han hecho aquéllos que fueron expropiados en Libia, cuando comiencen a presentar sus demandas petroleras y a cazar cargueros, a investigar y a buscar a personas que invoquen cláusulas de incumplimiento recíproco en contratos de préstamo etc., sus políticas podrían cambiar. Llegará el momento en que nadie invertirá sin tener algo en qué confiar».

[55] *Ibidem*, § 48. Traducción del autor al español: «La combinación de palabras elegidas por [el árbitro] y el contexto dentro del cual se las utilizó tienen el efecto final de transmitir un retrato desfavorable de Ecuador de tal manera que un tercero, razonable e informado, tendría legítimas dudas sobre la imparcialidad del Juez Brower».

[56] *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/07/26).

ción de una opinión, incluso si puede revestir relevancia en un arbitraje en particular, no basta para fundar una objeción por falta de independencia o imparcialidad del árbitro. Para admitir tal objeción, debe demostrarse que la opinión o postura está respaldada por factores relacionados con una de las partes del arbitraje o que la favorecen (o a una de las partes estrechamente vinculada con ella), por un interés directo o indirecto del árbitro en el resultado de la controversia o por una relación con alguno de los individuos involucrados, como un testigo u otro árbitro».[57]

3. Opiniones de expertos

En el caso *EDF Internacional c/ República Argentina*,[58] la solicitud de recusación giraba en torno a una opinión legal que el árbitro había presentado como experto en un arbitraje contra la República del Perú.[59] Dicha opinión legal trataba, probablemente, sobre cuestiones jurisdiccionales. Sin embargo, la solicitud no fue decidida debido a que el árbitro renunció previamente a su cargo.[60]

II. ¿Existe alguna especificidad propia del *issue conflict*?

En resumen, ¿qué hemos podido constatar?

En primer lugar, sólo en dos ocasiones (*i.e.*, *Canfor* y *Perenco*) se ordenó la efectiva recusación del árbitro acusado. En los casos *Telekom Malaysia* y *Grand River Enterprises*, por su parte, fue el árbitro quien decidió descontinuar con el asesoramiento legal que se le recriminaba.

Por otra parte, si nos atenemos a las circunstancias de hecho, podemos apreciar que las distintas hipótesis de conflicto analizadas corresponden a calificaciones jurídicas ya conocidas y que, por tanto, no es necesario recurrir a la noción de *issue conflict*.

En los casos en los cuales el supuesto *issue conflict* estuvo basado en la participación de la misma persona como árbitro en distintos procedimientos, se hizo hincapié en la existencia de circunstancias similares y de vínculos entre los casos. Pero, en

---

57 *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/07/26), decisión sobre la recusación de un árbitro solicitada por las demandantes del 12 de agosto de 2010, § 45.

58 *EDF Internacional S.A., SAUR Internacional S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c/ la República Argentina* (caso CIADI n. ARB/03/23).

59 *Duke Energy c. República del Perú* (caso CIADI Nº ARB/03/28).

60 Ver Peterson, L.E. «*Argentina persists with challenges to arbitrators in BIT cases*». *Investment Treaty News*, 19 de julio de 2006 y Brubaker, J.R. *Op. cit.,* nota *14,* p. 134.

ninguno de los casos analizados, se llegó a la conclusión de que los vínculos existentes eran suficientes para configurar una situación de conflicto.

Las recusaciones son, por lo general, rechazadas porque las demandas son distintas, sus *causae petendi* son diferentes o porque las partes no son las mismas. Este análisis es comparable al de la triple identidad que es necesaria a fin de alegar con éxito la excepción de cosa juzgada (*res judicata*), esto es, identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad causal. Asimismo, este análisis es utilizado cuando se intenta demostrar la existencia de prejuzgamiento.

En los casos «árbitro-árbitro» analizados, se alegaron contextos comunes o situaciones semejantes. Sin embargo, las decisiones alcanzadas en estos casos confirmaron el principio de que el hecho de participar, o de haber participado, como árbitro en varios casos que presenten uno o varios puntos de conexión no constituye, en sí mismo, un conflicto que determine la recusación del árbitro.

Este enfoque debe ser bienvenido, pues confirma que los árbitros conservan su libertad de criterio intacta en cada nuevo caso que deben decidir, salvo en el caso excepcional de *res judicata* o de prejuzgamiento,[61] ya que en estos supuestos se presentan circunstancias de hecho distintas a las analizadas en los casos que aquí hemos analizado.

En algunos de los casos analizados, especialmente aquéllos relativos a las opiniones expresadas por los árbitros (doctrinales, espontáneas o periciales), la decisión de recusación se centró en la búsqueda de un prejuicio real. Así sucedió en los casos *Perenco* y *Canfor*, donde los árbitros cuestionados se habían referido específicamente acerca del Estado involucrado. Sin embargo, para que esas declaraciones caracterizaran el supuesto de *issue conflict* hubiese sido necesario que las mismas se hubiesen dirigido con suficiente precisión al objeto debatido en el caso y que, a su vez, revelaran un verdadero prejuicio del árbitro.

En este sentido, en el caso *Perenco*, tal como lo remarcó el Secretario General de la CPA, las declaraciones del árbitro generaban dudas acerca de su imparcialidad frente a la República de Ecuador, pero no sobre su independencia de criterio respecto de la materia debatida.

Por su parte, las opiniones doctrinales de los árbitros, por encontrarse desconectadas de cualquier aplicación concreta, no pueden dar lugar a dudas acerca de

---

[61] Además del caso de *res judicata*, podemos pensar en la situación de un miembro de un tribunal arbitral que hubiera dictado un laudo que fuera anulado y que luego fuera designado nuevamente en la causa iniciada a fin de estudiar los problemas del laudo anulado (ver *Guatemala-Cement II*).

su imparcialidad. La formación jurídica del árbitro en Derecho Civil o en *common law*, o los nombramientos repetidos de manera sistemática por parte de determinados Estados o inversores tampoco pueden dar lugar a sospechas de parcialidad. Por ejemplo, en el caso *Urbaser*, se entendió que las afirmaciones del árbitro sobre que «*the reasoning of the Tribunal in Plama* [con respecto a la cláusula de la nación más favorecida] *is to be strongly preferred over that in Maffezini*…» o que esta cláusula «*will not apply to the dispute settlement provisions, unless the parties expressly so provide*»[62] no configuraban la existencia de un prejuicio contra la República Argentina.

Aunque nos falta conocer los detalles del caso *EDF Internacional c/ República Argentina* para ser categóricos, entendemos que lo mismo ocurre con las opiniones que los árbitros hubieran presentado en su carácter de expertos en otros casos. En efecto, el experto en Derecho ofrece dos tipos de opiniones en su dictamen. Por un lado, presenta opiniones generales que, por ejemplo, interpretan un tratado o relatan el estado del Derecho positivo en una materia determinada, y, por otro, expone opiniones específicas y propias del caso en cuestión, que, por ejemplo, interpretan determinado contrato o califican determinados hechos. En ambos casos, el experto no hace más que dar una opinión sobre circunstancias propias al caso en cuestión que no puede ser trasladada a otros supuestos. Esta afirmación es válida aun en el supuesto de que ambos casos fuesen similares o tuvieren circunstancias semejantes.

La función del experto suele aproximarse a la función del abogado, dado que tanto el experto como el abogado son designados para sostener la causa de una parte. De esta manera, arribamos al examen de la última situación, esto es, el supuesto *issue conflict* en el contexto árbitro-abogado.

La problemática del *issue conflict* se percibe con mayor intensidad en los casos de conflicto que pueden surgir a partir del doble carácter de árbitro y de abogado. Fue precisamente en estos casos en los que las solicitudes de recusación tuvieron consecuencias efectivas.

Por ejemplo, los jueces holandeses en el caso *Telekom Malaysia* estimaron que era la concomitancia de las dos funciones (*i.e.*, árbitro y abogado) lo que podía dar lugar a dudas sobre la imparcialidad del árbitro y justificaba instar la renuncia a una de sus funciones. En este sentido, debe ser interpretada la segunda decisión del Tri-

---

[62] *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/07/26), laudo del 12 de agosto de 2010, § 21. Traducción del autor al español: «el razonamiento del Tribunal en Plama [sobre la cláusula de nación más favorecida] debe ser fuertemente preferido por sobre el de Maffezini…» y «[tal cláusula] no se aplicará a las disposiciones sobre resolución de conflictos, a menos que las partes lo hayan previsto expresamente».

bunal de Distrito de La Haya que rechazó la solicitud de recusación del árbitro luego de su dimisión como abogado de *Consortium RFCC*.

El Secretario General del CIADI adoptó un enfoque similar en el caso *Grand River*, donde el vínculo era incluso más tenue (en *Telekom Malaysia*, la misma decisión iba a ser debatida en ambos casos, mientras que en *Grand River* se discutían las obligaciones internacionales de los Estados Unidos de América). En *Grand River*, la cuestión era saber si el hecho de ser abogado en procedimientos iniciados contra determinadas agencias del gobierno afectaba la imparcialidad del árbitro, y no si esta situación afectaría la independencia de criterio del árbitro respecto de determinados *issues*.

La existencia de un interés económico es la causa que genera el mayor número de hipótesis de conflicto en la situación abogado-árbitro. En efecto, existiría una situación de conflicto si el árbitro al decidir una cuestión pudiera favorecer otro caso en el cual interviene como abogado y así pudiera beneficiarse económicamente. La pregunta a hacerse es: «*is there a current active incentive to try to put a finger on the scale of decision*?».[63] Es a partir de este interés potencial que puede surgir la duda acerca de la independencia del árbitro, en el sentido económico más clásico del término. Pero, suponer —*in abstracto* y por regla general— que un árbitro utilizará esa función a fin de avanzar una tesis que sostiene como abogado en otro procedimiento arbitral, otorga a los laudos un valor de *stare decisis* que en realidad no poseen y revela, además, un gran desprecio por la capacidad de análisis de los árbitros. A su vez, este razonamiento implica presumir la mala fe del árbitro, lo que constituye una aberración jurídica.

En todo caso, reprochar al árbitro la postura adoptada como abogado en otros casos resulta absurdo, ya que el abogado debe defender la posición de su cliente, aunque ésta no corresponda íntegramente con la opinión que podría tener desde un punto de vista puramente doctrinal.

En resumen, cuesta identificar los contornos propios de la noción de *issue conflict*, que tiende a relacionarse con el temor —legítimo— al prejuzgamiento. Pero, aun en estos casos, el riesgo es también excepcional y limitado, ya que no podría existir sin la coexistencia de tres condiciones excepcionales (mismas partes, mismo objeto, mismas cuestiones debatidas).

---

63 Ver la intervención de KALICKI, J. «*Chapter 4: Arbitrators and Issue Conflict: Treading a Tightrope of Legitimacy? Panel Discussion*». En LAIRD, I.A. y T.J. WEILER (dir.). *Investment Treaty and International Law*, vol. 2, JurisNet. LLC (2009), p. 42. Traducción del autor al español, «¿existe un incentivo real para intentar influir en la toma de decisión?».

III. ¿Es necesario incorporar estándares más estrictos?

Si el *issue conflict* no existe como categoría jurídica específica, resulta innecesario, por tanto, elaborar un estándar especial a fin de poder encuadrarlo. Con mayor razón resulta innecesario en aquellas situaciones que presentan, además, la dificultad de una valoración subjetiva. Es a partir de esta subjetividad que surge el riesgo de detenerse en apariencias y caer en los excesos muchas veces iniciados con fines meramente dilatorios.

En este contexto, los estándares existentes en la actualidad, aún sin haberlos examinado aquí todos,[64] son suficientes a fin de encuadrar la noción de la independencia de criterio del árbitro.

Asimismo, resultan satisfactorias, a fin de abarcar las hipótesis aquí descritas, las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y su exigencia de que los árbitros se abstengan de participar en un arbitraje «si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro».[65] También es acertada la obligación de presentar una declaración de independencia amplia que establecen el Reglamento de Arbitraje del CIADI —según su modificación del año 2006— y el reglamento de la CCI.

La acusación de «corporativismo» que supuestamente llevaría a los miembros del denominado «club arbitral» a sostenerse mutuamente no ha sido probada. No sólo el Secretario General del CIADI, en el caso *Grand River*, emitió una reserva similar a la de los jueces holandeses, sino que ambas decisiones han manifestado con claridad que no se debe arribar a conclusiones automáticas en esa materia ya que, por sí sola, dicha situación no equivale necesariamente a la existencia de conflicto.

El funcionamiento propio del arbitraje proporciona suficientes garantías, como, por ejemplo, la posibilidad de recurrir a los jueces estatales, tal como fue el caso en *Telekom Malaysia*, o los controles propios de los jueces en relación con el *exequatur* o con la anulación de laudos arbitrales.

---

64 Para un análisis completo de los estándares existentes sobre este tema y las propuestas de modificación, ver Brubaker, J.R. *Op. cit.*, nota 14 y Mouawad, C. «Issue Conflict in Investment Treaty Arbitration». *TDM*, vol. 5, issue n.° 4, julio 2008, actualizado en octubre de 2009.

65 Ver las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (22 de mayo de 2004) disponibles en http://www.ibanet.org.

Por otra parte, deben rechazarse aquellas propuestas que buscan crear una separación tajante entre la actividad del abogado y la del árbitro. En realidad, dicha separación sería mucho más perjudicial que beneficiosa para el arbitraje.

En efecto, la separación de actividades de árbitro y de abogado resultaría inevitablemente en el desarrollo de un cuerpo de «árbitros profesionales» cuya legitimidad para desempeñar la función de árbitro sería más que discutible. De hecho, mientras que los jueces estatales reciben su autoridad por ser funcionarios del Estado y desempeñar una función pública, los árbitros, por definición, son designados por las partes. Estas mismas partes son las que deciden someterse a arbitraje, entre otras razones, por la libertad que se les proporciona con respecto a la designación de los miembros del tribunal. Privar a las partes de esa facultad, como ha sido sugerido recientemente,[66] equivaldría a vaciar al arbitraje de gran parte de su contenido. En vez de intentar remediar ciertos riesgos que se presentan de manera excepcional, estaríamos creando de esta manera un problema mayor y permanente.

El árbitro, devenido profesional, entraría en un estado de dependencia respecto de las partes en la medida en que sólo estaría preocupado por asegurarse su propio *marketing* a fin de lograr ser designado con regularidad.

Asimismo, resulta irónica la idea de *issue conflict* tal como es sostenida en ciertas solicitudes de recusación, ya que se le reprocha al árbitro las cualidades que al mismo tiempo justificaron su designación.[67] En efecto, es normal e, incluso, preferible, que las partes elijan candidatos reconocidos por su idoneidad a raíz de haber dictado laudos, intervenido en coloquios y escrito sobre temas que serán eventualmente discutidos en el arbitraje.

Durante mucho tiempo, se sostuvo que una de las ventajas del arbitraje consistía, precisamente, en la posibilidad de hacer juzgar las controversias por especialistas. Sin embargo, algunos de los argumentos evocados en los procedimientos de recusación parecen inclinarse a favor de la designación de árbitros no especializados, o de árbitros con escasa (o ninguna) producción doctrinal, o de árbitros cuyos escritos e intervenciones no permitan identificar una línea de pensamiento y de opiniones propias.[68]

---

66 PAULSSON, J. *Op. cit.*, *supra,* nota 23.

67 Ver HARRISON, M.L. «*Arbitrators and Issue Conflict: Treading a Tightrope of Legitimacy? - Panel Discussion in Investment Treaty and International Law*». LAIRD, I.A. y T.J. WEILER (dir.), vol. 2, JurisNet LLC (2009), p. 38.

68 Ver, en el sentido que aquí sostenemos, la sentencia en el caso *STMicroelectronics, N.V. c/ Credit Suisse Securities*, acción de nulidad de laudo, Corte de Apelaciones del 2.º Circuito Federal de los Estados Unidos de América, caso n.° 10-3847, WL 2151008, 2 de junio de 2011. En este caso, relativo a un arbitraje comercial, Credit Suisse —demandante de nulidad— alegaba, aun-

En vez de seleccionar un árbitro especializado y experimentado, capaz de reconocer un argumento válido y de distinguir los hechos que podrían inducirle a cambiar de opinión respecto a opiniones expresadas con anterioridad (y, nos atrevemos a decir, capaz de conferir de esta manera cierta previsibilidad al arbitraje), se nos recomienda elegir un árbitro «gris», inaprensible, aséptico, como si la ausencia de referencias intelectuales constituyera una garantía de independencia.

El adagio que dice «*not only must Justice be done; it must also be seen to be done*»[69] no es absoluto. Pues, si bien las exigencias de transparencia son justificadas y deben ser fomentadas, la sospecha —legítima— que surge de lo que parece ser una falta de imparcialidad del árbitro no debe convertirse en una presunción negativa.

---

que sin llamarlo de este modo, la existencia de un *issue conflict* a raíz de las opiniones jurídicas preexistentes del árbitro. La Corte de Apelaciones rechazó de plano este argumento sosteniendo que «*it is virtually impossible to find a judge who does not have preconceptions about the law.* (…) *This is all the more true for arbitrators, the most sought-after of whom are those who are prominent and experienced members of the specific business community in which the dispute to be arbitrated arose*» (traducción del autor al español: «es prácticamente imposible encontrar un juez que carezca de preconceptos sobre temas jurídicos. Esto es aún más cierto en el caso de árbitros, ya que los más solicitados son aquellos miembros que gozan de reconocimiento y experiencia en el área de la industria sobre la que trata la controversia objeto del arbitraje»).

69 *R vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233. Traducción al español del autor, «no es suficiente sólo hacer Justicia; sino también la apariencia de que se hace justicia».

Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes

Jean Marguerat

Sumario: I. Introducción.— II. Cláusula y convenio arbitral.— III. Transmisión y extensión de la cláusula a terceros no firmantes.— IV. Casos de transmisión y extensión a terceros no firmantes.— 4.1. En general.— 4.2. La transmisión casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios.— 4.2.1. Mecanismo de representación o agencia.— 4.2.2. Mecanismo contractual, societario u otro de transmisión posterior a la conclusión.— 4.3. La extensión mediante buena fe y el abuso de Derecho.— 4.3.1. Levantamiento del velo social.— 4.3.2. *Estoppel*, *Venire contra factum proprium*.— 4.4. La extensión basada en el análisis del consentimiento.— 4.4.1. La incorporación por referencia. 4.4.2. El consentimiento implícito.— V. Existencia de una lógica evolutiva común.— VI. Evaluación de la situación actual.— VII. Conclusión.

I. Introducción

Mucho se ha escrito sobre el tema de la extensión[1] de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, desde una perspectiva nacional, internacional o comparativa. La idea de este artículo es presentar la situación de este tema en constante evolución desde un punto de vista «europeo», es decir, tratando de determinar los rasgos comunes que existen en Europa, pero sin ocultar las importantes diferencias yacentes entre un sistema jurídico y otro, y tratando de encontrar, más allá de la mera descripción de los conceptos, una lógica evolutiva común y también evaluando finalmente sus consecuencias.

Para hacerlo, analizaremos primero los conceptos de cláusula arbitral y convenio arbitral, así como la evolución de su interacción (2).

[1] Este término se utiliza aquí en su aceptación más amplia, cubriendo las varias situaciones (transmisión y extensión *stricto sensu*) en las cuales una cláusula arbitral vincula a una persona que no la ha firmado.

En segundo lugar, haremos una distinción entre los casos en los cuales la cláusula arbitral se transmite de manera casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios, los casos en los cuales se extiende mediante los principios generales de buena fe y de interdicción del abuso de derecho, y aquéllos en los cuales se extiende también, pero en base al análisis del consentimiento de las partes, ya sea éste explícito o implícito (3).

Seguidamente y tras la parte teórica, analizaremos los distintos casos en los que la cláusula arbitral se transmite o se extiende en la práctica a terceros no firmantes, ilustrándolos mediante normativa nacional o internacional y jurisprudencia arbitral o estatal pertinente (4).

Una vez hecha esta descripción teórica y práctica de los casos de transmisión o extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, y tratando de encontrar una lógica evolutiva común, veremos que existe una tendencia general a suprimir las exigencias de forma para concentrarse en la existencia material del consentimiento (5).

Evaluando la situación actual, veremos que esta evolución es susceptible de generar una falta de previsibilidad para los operadores de los contratos internacionales, o sea los usuarios del arbitraje internacional (6).

Concluiremos que hay que encontrar vías para garantizar dicha previsibilidad en el marco de la evolución del arbitraje internacional, si éste pretende conservar el rango de modo usual de resolución de los litigios comerciales internacionales, que ha adquirido en las últimas décadas del siglo XX (7).

II. Cláusula y convenio arbitral

La diferencia entre estos dos conceptos la resume así J.M. Vulliemin: «La cláusula arbitral es el texto por el cual se excluye la competencia judicial y se remite a la jurisdicción arbitral, el convenio arbitral, el acuerdo de las partes de hacer efectivo ese texto definido como "cláusula arbitral"».[2]

Al principio, sólo aquél que había firmado[3] una cláusula arbitral podía ser vinculado por un convenio arbitral. La firma era la única manera de expresar el consen-

---

[2] Vulliemin, J.M. «La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral *versus* convenio arbitral?». En *Spain Arbitration Review,* n.° 5/2009, pp. 53-69, en p. 53.

[3] En Suiza, ver art. 6.2 del Concordato Intercantonal de Arbitraje 1969; Lalive P./J.F. Poudret/C. Reymond. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot Lausanne (Ed.), 1989, en pp. 56-59.

timiento a un convenio arbitral, y dicho requisito de forma garantizaba la existencia y perfección del consentimiento.

Debido a la evolución del arbitraje como modo de resolución normal de los litigios comerciales internacionales, se han adoptado en las últimas décadas del siglo XX, en muchos países y a nivel internacional, normas menos formales que toman en cuenta esta evolución.

Ahora y de manera general en Europa,[4] como exigencia formal ya no se requiere la firma de las partes, sino la mera existencia de un documento o de un intercambio de documentos —no necesariamente firmados— del que resulte la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.[5] Y cada vez más, esta exigencia ya no es requisito de validez, sino meramente de prueba.[6] La firma ha pasado de ser la única manera de expresar el consentimiento, a un modo más de expresarlo.[7]

El derecho suizo ilustra esta evolución: el Concordato Intercantonal de Arbitraje de 1969, un instrumento moderno para aquella época, requería la firma de la cláusula arbitral, lo que impedía, en principio, extender una cláusula arbitral a un tercero que no la hubiese firmado. La Ley de Derecho Internacional Privado («LDIP») adoptada en 1987, con su capítulo XII sobre arbitraje internacional, ha suprimido esta exigencia de forma (la cual se mantiene en el arbitraje interno) y, simplemente, exige que la cláusula arbitral resulte de una manifestación escrita de las partes, que no necesita ser firmada,[8] de la que se derive la voluntad de aquéllas a someterse a arbitraje. Ahora, con la adopción del nuevo Código de Procedimiento

---

4 Con excepción de ciertos países como Alemania, en virtud del art. 1061 del Código Civil alemán («ZPO»); ver Hanotiau, B. «Consent to Arbitration, Do we share a common vision?». *Arbitration International* (*Arb. Intl.*), 2011, pp. 539-554, en pp. 548-549 (en adelante, «B. Hanotiau, "Consent to Arbitration"»).

5 Ver, por ejemplo: art. II.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York); Suiza: art. 178.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado («LDIP»).

6 Por ejemplo, y en particular, España: art. 9.3 de la Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»); ver Mantilla-Serrano, F. *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*. Iustel 2005, pp. 80-81; Holanda: art. 1021 del Código holandés de 1986 («WBR»); ver Poudret J.F./S. Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. Thomson, Sweet & Maxwell, 2.ª Ed., 2007, en p. 148.

7 Derains, Y. «Is There a Group of Companies Doctrine?». En *Multiparty Arbitration*. Hanotiau, B. y E.A. Schwartz (Ed.). Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2010, pp. 131-145, en p. 138.

8 Art. 178.1 LDIP: «En lo que respecta la forma, el convenio arbitral es válido si se establece por escrito, telegrama, télex, telecopiadora o por cualquier otro modo de comunicación que permita establecer su prueba mediante un texto» (traducción libre).

Civil («CPC»), aplicable al arbitraje interno, que ha entrado en vigor a principios del 2011, la exigencia de firma ha desaparecido también del arbitraje interno.[9] La última evolución en derecho suizo no es legislativa sino jurisprudencial; en efecto, el Tribunal Federal ha decidido aplicar la exigencia de forma (existencia de una manifestación escrita) sólo a la cláusula arbitral, pero no a la cuestión de saber quién queda vinculado por dicha cláusula arbitral, es decir, cuál es el alcance subjetivo del convenio arbitral.[10]

Esta última evolución también se observa a nivel interno en los países que han adoptado leyes recientes en materia de arbitraje, como España,[11] y a nivel internacional, mediante las recientes iniciativas de la CNUDMI, que ha revisado el art. 7 de la Ley Modelo y adoptado una recomendación sobre el alcance de la exigencia formal del art. II del Convenio de Nueva York,[12] reduciendo las exigencias formales necesarias al convenio arbitral, «llegando efectivamente a escindir lo que es el tenor de la cláusula arbitral, la cual ha de ser integrada en un soporte que permita su reproducción, y lo que es el consentimiento a la misma, el cual puede adoptar todo tipo de forma».[13]

Actualmente y de manera general, se necesita formalmente la existencia de un texto, para probar la existencia de una cláusula arbitral. A su vez y materialmente, se necesita el consentimiento para «transformar» la cláusula arbitral en convenio arbitral. Pero el consentimiento no debe estar contenido en la cláusula arbitral ni estar sometido a ninguna exigencia de forma; puede resultar de comportamientos,

---

9 Art. 358 CPC: «El convenio arbitral se conviene en la forma escrita o por cualquier otra forma que permita establecer su prueba mediante un texto» (traducción libre).

10 ATF 129 III 727, párr. 5.3.1, en *Bulletin ASA*, 2004, pp. 364-389, en p. 387: «No obstante, esta exigencia de forma se aplica exclusivamente al convenio arbitral mismo, es decir, al acuerdo (cláusula compromisoria o compromiso) por el cual las partes iniciales han manifestado recíprocamente su voluntad concordante de someterse al arbitraje. En lo que se refiere a la cuestión del alcance subjetivo de un convenio arbitral formalmente válido con respecto al artículo 178 párr. 1 LDIP —se trata de determinar cuáles son las partes vinculadas por el convenio y buscar, en su caso, si uno o varios terceros que no han sido designados quedan, sin embargo, recluidos en su ámbito de aplicación *ratione personae*—, es una cuestión de fondo y debe, por tanto, resolverse con arreglo al artículo 178 párr. 2 LDIP (…)» (traducción libre).

11 Art. 9.1 LA; ver MANTILLA-SERRANO, F. *Op. cit.*, en p. 80.

12 Ver Recomendación relativa a la interpretación del párr. 2 del art. II y del párr. 1 del art. VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones; ver LANDAU, T. «The Requirements of a Written Form for An Arbitration Agreement When "Written" Means "Oral"», in *ICCA Congress*, Series n.º 11, 2003, en p. 63.

13 VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 64.

silencios,[14] presunciones, etc. Hemos pasado de un consentimiento formal a un consentimiento material.

Por ello se puede «extender» la cláusula arbitral a un tercero (no firmante o no mencionado en la cláusula), de varias maneras que analizaremos a continuación y que dependen de varias circunstancias, como la *lex arbitri*, el derecho aplicable a las relaciones entre las partes y, sobre todo, los hechos del caso que el tribunal arbitral -o estatal decidiendo sobre un recurso contra un laudo arbitral o sobre una petición de ejecución de un laudo arbitral- analizará para determinar si la extensión se justifica en un caso específico.

III. Transmisión y extensión de la cláusula a terceros no firmantes

Hay que distinguir la transmisión y la extensión (*stricto sensu)* de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. La transmisión de la cláusula arbitral, que se opera mediante mecanismos contractuales o societarios (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.) se reconoce desde hace mucho tiempo en la mayoría de los países europeos. La transmisión puede también operarse de manera menos clásica, como lo demuestra la admisión por la jurisprudencia francesa de la transmisión automática de la cláusula arbitral en casos de cadena de contratos.[15]

En cuanto a la extensión *stricto sensu* de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, que examinaremos con más detalle a continuación, esta noción y su aplicación práctica siempre han suscitado muchas preguntas.

Para empezar, los términos mismos no corresponden a la realidad y son engañosos.[16] Primero, porque no se trata en realidad de «extender» la cláusula arbitral, sino de determinar, más allá del mero texto de la cláusula arbitral, quién es realmente parte en el convenio arbitral, normalmente basado en el análisis de la común intención de las partes.[17] Segundo, porque hoy en día la firma no es un criterio decisivo a la hora

---

[14] Por ejemplo, Holanda: art. 1021 WBR: la adhesión a la cláusula arbitral puede ser tácita; ver Poudret, J.F./S. Besson. *Op. cit.*, en p. 156.

[15] Ver caso *Alcatel Business Systems (ABS) c/ société Amkor Technology et autres* (Corte de Casación, 27 de marzo de 2007. *Revue de l'arbitrage* (*Rev. Arb.*), 2007, pp. 785-804, con nota de El Adhab, J.

[16] Hanotiau, B. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. La Haya: Kluwer Law International, 2006 (en adelante, «B. Hanotiau, *Complex Arbitrations*»), en p. 4.

[17] Hanotiau, B. «Non-Signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law». En Van den Berg, A.J. (Ed.). «International Arbitration 2006: Back to Basics?».

de determinar quiénes son las partes al convenio arbitral:[18] por un lado, porque la exigencia de firma ya no existe de manera general; y por otro, porque una persona puede haber firmado una cláusula arbitral sin quedar personalmente vinculada, por ejemplo, porque la ha firmado en virtud de un poder de representación para vincular a su principal (ver *infra* 4.2.1), o porque la ha firmado en otra calidad que la de parte en el contrato.[19]

Dicho esto, las posibilidades de extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes varían entre los distintos países de Europa, debido a las distintas tradiciones jurídicas que coexisten (*common law*, *civil law*, y éste de inspiración germánica, francesa, etc.) y a la evolución del arbitraje en los distintos países, sea a nivel legislativo o jurisprudencial.

De este modo, se puede llegar a soluciones similares basándose en teorías distintas. Por ejemplo, un tribunal francés podrá llegar a la misma solución que un tribunal inglés, el primero basándose en la doctrina del consentimiento implícito, por ejemplo, en un caso de un grupo de compañías, y el segundo basándose en el principio del *Estoppel*.

Y también se puede llegar a soluciones distintas basándose en teorías similares, como lo ha ilustrado recientemente el caso *Dallah,* que analizaremos a continuación, en el cual los tribunales ingleses[20] y los tribunales franceses[21] han llegado a una solución distinta, basándose en los mismos hechos y aplicando el mismo derecho.

No obstante, salvo los casos de transmisión mediante mecanismos contractuales o societarios (ver *infra* 4.2) y de extensión mediante los principios generales de buena fe y de interdicción del abuso de derecho (ver *infra* 4.3), de manera general, los diferentes sistemas jurídicos reconocen que el consentimiento bajo todas sus formas es la base de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. Así, para G. Born: «En la mayoría de los casos, los tribunales y autores coinciden en que el con-

---

En *ICCA Congress*, Series 2006 Montreal, vol. 13, pp. 341-358 (en adelante «B. Hanotiau, "Lessons"»), en p. 342.

18 POUDRET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, p. 211.

19 Ver caso «Plateau des Pyramides», *République arabe d'Egypte c/ Southern Pacific Properties Ltd. et Southern Pacific Properties (Middle East)* (Corte de Apelación de París, 12 de julio de 1984). En *Rev. Arb.*, 1986, pp. 75-86.

20 Caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company vs. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2008] EWCH 1901 (Comm.); [2009] EWCA Civ. 755; [2010] UKSC 46 (Corte Suprema inglesa, 3 de noviembre de 2010).

21 Caso *Gouvernement du Pakistan-Ministère des Affaires Religieuses c/ Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company* (Corte de Apelación de París, 17 de febrero de 2011).

sentimiento es, por lo general, el fundamento esencial para afirmar si una entidad determinada es parte a una cláusula arbitral o no. Independientemente de la forma legal utilizada, en definitiva, la cuestión que se plantea habitualmente es si las partes, considerando sus acciones objetivamente y basándose en la buena fe comercial, entendieron que una entidad determinada era parte a la cláusula arbitral o no».[22] Ello se debe a la naturaleza consensual del arbitraje,[23] que le impone sus límites, así descritos por B. Hanotiau: «Por mucho que se quiera extender el concepto de consentimiento (que puede llegar hasta considerar determinadas conductas específicas como sustitutas del consentimiento) no se debería olvidar que el consentimiento es el pilar fundamental del arbitraje internacional».[24]

Lo que sí ha cambiado es la forma del consentimiento: a diferencia de cuando se necesitaba la firma para expresarlo, ahora, el consentimiento puede expresarse de varias maneras mediante circunstancias externas a la cláusula misma y libres de cualquier formalismo.[25]

Esta evolución, unida al hecho de que existen mecanismos de extensión de un convenio arbitral a terceros no firmantes que no requieren un análisis del consentimiento, ha llevado recientemente a autores a expresar sus dudas en cuanto al carácter consensual del arbitraje y a invocar una declinación del consentimiento en materia de arbitraje internacional.[26]

Es cierto que existen casos en los cuales no se analiza el consentimiento de las partes para extender un convenio arbitral a terceros no firmantes. Es el caso de la transmisión o extensión casi automática mediante mecanismos de derecho contractual o societario (ver *infra* 4.2), o mediante los principios de buena fe y de abuso de derecho (ver *infra* 4.3). Pero, esto no es nuevo.[27]

En cuanto al consentimiento mismo, no es un concepto monolítico o granítico. Al contrario, el consentimiento tiene múltiples facetas, pudiendo ser explícito

---

22 Born, G.B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, en p. 1205 (traducción libre).

23 Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en p. 2: «El arbitraje es, en esencia, consensual por su naturaleza, con la consecuencia que el principio de la relatividad de los contratos se aplica a la cláusula arbitral, limitando sus efectos sólo a las partes al contrato» (traducción libre); Poudret, J.F./S. Besson. *Op. cit.*, en p. 228.

24 Hanotiau, B. «Lessons», en p. 347; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en p. 51 (traducción libre).

25 Hanotiau, B. «The Parties to the Arbitration Agreement». En *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*. Ed. Pedone, 2011 (en adelante, «B. Hanotiau, "Parties"»), en p. 329.

26 Youssef, K. *Consent in Context*. West, 2009, en pp. 2-3.

27 Hanotiau, B. «Consent to Arbitration»,A en p. 543.

o implícito,[28] y puede interpretarse de manera distinta de un sistema legal a otro, en base a las declaraciones y a los comportamientos de las partes, que pueden ser considerados de manera subjetiva (intención real) u objetiva (intención en los ojos de un tercero, como en el caso de la apariencia eficaz) según el sistema legal al que se acojan.

El análisis de los casos demuestra que, en general, los tribunales arbitrales deciden sobre los casos de extensión de la cláusula arbitral a terceros en base a los hechos y a las circunstancias particulares del caso, más que en referencia a un derecho nacional determinado.[29] Por esta razón, cuestiones como el derecho aplicable a la extensión de la cláusula arbitral o a la formación del consentimiento, no siempre se analizan con mucha precisión.

En cuanto a los tribunales estatales, generalmente aplican los conceptos de su propio derecho nacional, especialmente las teorías sobre el consentimiento, y estos conceptos varían de un sistema jurídico a otro. Por ejemplo, la común intención de las partes se puede establecer en base a una interpretación subjetiva (derecho francés), a una interpretación objetiva (derecho inglés, derecho alemán, este último con la particularidad de que la forma escrita se exige para un convenio arbitral), o a una interpretación en dos etapas, primero subjetiva y luego —y de manera subsidiaria— objetiva (derecho suizo).[30]

Por estas razones, es difícil establecer una «teoría general de la extensión» que pueda aplicarse de manera general a todos los casos de trasmisión o extensión a terceros no firmantes; hay que describir los casos de transmisión o extensión que se observan en la práctica, intentando clasificarlos según sus rasgos comunes y sus diferencias.

IV. Casos de transmisión y extensión a terceros no firmantes

4.1. En general

Hay muchas maneras de categorizar las distintas circunstancias que permiten transmitir o extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes y resulta muy difícil encontrar una manera lógica y definitiva de hacerlo, aún más si se quiere aplicar a todos los países de Europa debido, primero, al hecho de que muchas veces dichas

---

[28] HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 553.

[29] HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 551; «B. Hanotiau, *Complex Arbitrations*», en p. 9.

[30] HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en pp. 546-550.

circunstancias se sobreponen[31] y, segundo, a que dichas circunstancias pueden variar mucho de un país a otro.

En consecuencia, a continuación, vamos a intentar categorizar grandes grupos de circunstancias en las que se puede transmitir o extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes.

Para empezar, hay que hacer una distinción entre la transmisión o extensión que se produce casi automáticamente mediante mecanismos contractuales o societarios (4.2), aquélla que se produce mediante mecanismos de buena fe o de abuso de derecho (4.3) y, por último, aquella extensión que se produce mediante consentimiento entre las partes, ya sea un consentimiento explícito o uno implícito (4.4).

En el primer grupo se incluyen los casos de transmisión coetánea a la conclusión del convenio, en los cuales operan mecanismos de representación o de agencia (4.2.1), así como los casos de transmisión posterior a la conclusión del convenio, en los cuales operan mecanismos de cesión, de asunción, de subrogación o de sucesión (4.2.2).

En el segundo grupo se incluyen los casos en los cuales la transmisión o extensión se opera mediante el mecanismo del levantamiento del velo social (4.3.1) y mediante los principios de *venire contra factum proprium* o de *Estoppel* (4.3.2).

En el tercer grupo se incluyen los casos de incorporación por referencia, es decir, todos aquellos casos en los cuales la cláusula arbitral no se encuentra en el acuerdo entre las partes, sino en otro documento al que el acuerdo se refiere (4.4.1), y también los casos de consentimiento implícito (4.4.2), que analizaremos con particular detalle, dado que son objeto de un desarrollo importante últimamente.

Estas distinciones son esquemáticas y para nada absolutas, dado que los conceptos que las definen pueden ofrecer variaciones importantes de un sistema jurídico a otro. No obstante, esta categorización nos permitirá presentar los diversos conceptos que predominan en Europa, mediante normativa, jurisprudencia (arbitral o estatal) y tesis de autores que nos parecen representativas de dichos conceptos.

La jurisprudencia estatal es, en general, más representativa de las distinciones entre los diversos sistemas jurídicos que la jurisprudencia arbitral, dado que son los tribunales estatales los que, al fin y al cabo, imponen los límites de la competencia de

[31] Park, W.W. «Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma». En *Multiple Party Actions in International Arbitration*. Oxford, 2009, en II.4.

los árbitros en base a los conceptos de su propia ley nacional. De este modo, la jurisprudencia estatal permite tomar el pulso de los distintos sistemas jurídicos europeos para ver cómo se sitúan frente a la evolución del arbitraje internacional.

Francia, por ejemplo, que siempre ha sido reconocida como un país pionero en arbitraje internacional, reconoce una casi ausencia de formalismo para extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes, mientras que Inglaterra o Alemania son mucho más exigentes para reconocer la extensión de un convenio arbitral a terceros no firmantes.[32] Otros países como Suiza se sitúan en medio, aunque últimamente el Tribunal Federal suizo ha tomado una serie de decisiones muy liberales en materia de arbitraje que han llevado a un autor suizo, S. Besson, a escribir que dicha evolución ha acercado el derecho suizo al derecho francés a este respecto.[33]

4.2. La transmisión casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios

4.2.1. Mecanismo de representación o agencia

(i) En general

Cuando una persona firma una cláusula arbitral en representación de otra persona, no es la persona que firma la cláusula la que será parte en el convenio arbitral, sino la persona representada.

Este principio se reconoce de manera general y lo ilustra, por ejemplo, el art. 2.2.3 de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004: «(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. (2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante».

---

[32] HANOTIAU, B. «Lessons», en p. 350; POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 227.

[33] BESSON, S. «Extension de la convention d'arbitrage et élargissement de la procédure arbitrale à des tiers selon la jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse». En *Les Cahiers de l'arbitrage, the Paris Journal of International Arbitration*, 2010, capítulo IV (en adelante, «S. Besson, "Extension"»); HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 95-96.

Varias decisiones arbitrales y estatales han reconocido este principio, que se reconoce de manera general en Europa, al hacer los tribunales arbitrales y estatales referencia a los principios ordinarios contractuales y de representación.[34]

Esta representación puede ser explícita o implícita, pero se debe probar que el apoderado tenía poderes del principal, explícitos o implícitos, para vincular el principal al contrato.[35]

(ii) El poder o mandato aparente

En el caso de que no exista poder de representación, pero que los actos del principal creen la apariencia de poderes, y que sobre esta base la otra parte haya concluido que el poder existía, se reconoce, por ejemplo, en derecho francés, que el principal puede quedar vinculado en virtud de la teoría del «*mandat apparent*».[36]

Este principio está contenido en el art. 2.2.3 de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004: «Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero. (2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante».

Este principio se basa, según los sistemas considerados, o bien en consideraciones de buena fe, de abuso de derecho, de *Estoppel*,[37] o bien queda aparentado a la teoría del consentimiento mediante circunstancias y apariencia creada (ver *infra* 4.3.2 (i)). Así, la Corte de Apelación de París lo ha basado en la «creencia legítima creada por las circunstancias de la negociación, conclusión y ejecución del contrato» y ha precisado que este principio era aplicable en las relaciones del comercio internacional;[38] a su vez el Tribunal Federal suizo lo ha basado en el principio de la «apariencia jurídica creada».[39]

---

34 Ver los numerosos ejemplos citados por Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1143-1144, y por Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 9-13.

35 Born, G.B. *Op. cit.*, en p. 1144.

36 Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1148-1150; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 12-13.

37 Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1149.

38 Caso *Société Russanglia c/ Société Delom* (Corte de Apelación de París, 7 de octubre de 1999), *Rev. Arb.*, 2000, pp. 288-298, con nota de Bureau, D.

39 Decisión del Tribunal Federal 4P.73/1993, de 1 de septiembre de 1993, en *Bulletin ASA*, 1996, pp. 623-629.

4.2.2. Mecanismo contractual, societario u otro de transmisión posterior a la conclusión

En este caso, la cláusula arbitral, en principio, se transmite con el contrato automáticamente al nuevo titular, porque se considera «un derecho accesorio, de tipo procesal, que "pasa" por su propio peso —salvo pacto contrario— (…)».[40]

Dicho caso se da en la cesión del contrato, en la cesión del crédito, en la asunción simple o solidaria de deuda, en la subrogación, en la sucesión universal, en la fusión, escisión o transformación de empresas, en la transferencia de patrimonio, etc.

En Inglaterra, la jurisprudencia no es unánime y se debe analizar en detalle el texto de la cláusula arbitral y el contrato de cesión, para determinar si las partes tienen la intención de ceder la cláusula arbitral.[41] Italia es todavía más restrictiva.[42]

En Suiza, la jurisprudencia admite: «en caso de asunción de deuda como en materia de cesión de crédito o de contrato, que la cláusula compromisoria en principio queda transferida a quien asume la deuda, salvo acuerdo contrario»,[43] y eso en virtud de su carácter accesorio, como lo ha precisado el Tribunal Federal en un caso de asunción solidaria de deuda, explicando que si es cierto que en este caso no hay sustitución de partes como en el caso de asunción simple de deuda, se justifica la misma solución «porque la cláusula arbitral como accesorio de la deuda, y como tal indisociable de ésta, pasa al que asume la deuda, salvo pacto contrario, cuando ésta adquiere la calidad de deudor solidario de dicha deuda, también si la deuda sigue vinculando al deudor principal».[44]

En Francia, además de los casos clásicos de transmisión mencionados,[45] la jurisprudencia ha reconocido la transmisión automática de la cláusula arbitral en casos de cadena de contratos. En derecho francés, cuando la propiedad de un bien se transmite sucesivamente de un vendedor inicial a un comprador final, pasando por otros contratantes, el comprador final tiene una acción contractual contra el vendedor inicial.

---

40 VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 56; ver también ATF 128 III 50; HANOTIAU, B. «Parties», p. 325; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, pp. 17-19; BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1185-1193; POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 243-254.

41 BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1189.

42 POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 250.

43 Decisión del Tribunal Federal 4P.126/2001, de 18 de diciembre de 2001, en *Bulletin ASA*, 2002, pp. 482-492 (traducción libre).

44 Decisión del Tribunal Federal 4A_128/2008, de 29 de agosto de 2008 (ATF 134 III 565) (traducción libre).

45 Ver MAYER, P. «La "Circulation" des conventions d'arbitrage». *Journal de droit international*, 2005, en pp. 251-262; POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, pp. 245-247.

En estos casos, la jurisprudencia francesa ahora admite que la cláusula arbitral se transmite automáticamente como accesorio del derecho de acción, porque considera que éste es un accesorio del derecho principal transmitido sobre el bien.[46]

En estos casos, pues, no se necesita examinar la intención de las partes a ser vinculadas por la cláusula arbitral, dado que ésta las vincula, en principio, automáticamente en virtud del derecho contractual (cesión, asunción simple o solidaria de deuda, subrogación, etc.), societario (fusión, escisión, transformación de empresas, transferencia de patrimonio, etc.) u otro (por ejemplo, sucesión universal, concurso).[47]

Describimos este efecto como «casi automático», porque puede, en general, ser excluido por las partes. En este caso, habrá que examinar la intención de las partes para determinar si han excluido válidamente su vinculación a la cláusula arbitral.

4.3. La extensión mediante buena fe y el abuso de derecho

En la mayoría de los sistemas jurídicos se puede extender un convenio arbitral a una parte sin su consentimiento por razones de buena fe y de prohibición del abuso de derecho.

4.3.1. Levantamiento del velo social

Las teorías que lo permiten se llaman «*Alter ego*», «*Piercing the corporate veil*», en inglés, «*Durchgriff*» en alemán, «*Levée du voile social*» en francés, y «*Levantamiento del velo social*» en español, y expresan la misma idea aunque sus condiciones exactas varían de un sistema jurídico a otro.[48]

Es decir, cuando una parte controla los negocios de otra y abusa de este control, se justifica permitir hacer caso omiso de las personalidades jurídicas distintas y tratarlas como una única entidad, o tomar en cuenta sólo una entidad.[49] Por tanto, una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para limitar su responsabilidad. Se trata de una excepción al principio en virtud del cual las corporaciones gozan de responsabilidad limitada y de una identidad legal

---

[46] Ver caso *Alcatel Business Systems (ABS) c/ société Amkor Technology et autres* (Corte de Casación, 27 de marzo de 2007, en *Rev. Arb.*, 2007, pp. 785-804, con nota de El Adhab, J.

[47] Kaufmann-Kohler G./A. Rigozzi. *Arbitrage International, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2010, en pp. 143-144.

[48] Born, G.B. *Op. cit.*, en p. 1154; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 42-46.

[49] Born, G.B. *Op. cit.*, en p. 1154.

separada,[50] por lo cual deben existir circunstancias excepcionales: «Se puede levantar el velo social sólo cuando existen determinadas circunstancias que indican que se trata en realidad de una mera fachada que oculta los hechos».[51] Los tribunales suizos y alemanes son muy estrictos al respecto.[52] Los tribunales franceses conocen también el principio,[53] pero se refieren muchas veces a otros conceptos para extender la cláusula arbitral.

En este caso, la base de la extensión de la cláusula arbitral no es el consentimiento de las partes, sino consideraciones de buena fe y de justicia que tienen por objetivo proteger a una parte del comportamiento fraudulento de otra.[54] En estos casos, o se extiende el convenio arbitral al tercero no firmante (al lado de la parte contratante), o se le imputa directamente en lugar de la parte contratante.[55]

4.3.2. Estoppel, Venire contra factum proprium

Otra manera de extender una cláusula arbitral a una parte que no la ha firmado, es mediante los principios de *Estoppel* (en sistemas de *common law*) o de *venire contra factum proprium* (en sistemas de *civil law*), que prohíben a una parte, por razones de buena fe, actuar en contra de sus declaraciones o de su comportamiento anterior.[56]

Así, una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejerce derechos en base al mismo, no puede luego pretender que no está sujeta a la cláusula arbitral contenida en dicho contrato.

---

[50] BESSON, S. «Piercing the Corporate Veil: Back on the right track», en *Multiparty Arbitration*. HANOTIAU B. y E.A. SCHWARTZ (Ed.). Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2010, pp. 147-159 (en adelante, «S. Besson, "Piercing the Corporate Veil"»), en p. 147.

[51] Caso *Woolfson vs. Strathclyde Regional Council [1978]*, SLT 159, 161 (House of Lords) (traducción libre); POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 228: «*Levantar el velo social no tiene por objetivo rectificar post factum errores de juicio en la elección del contratante, sino que es un remedio excepcional para sancionar abusos serios*» (traducción libre).

[52] BORN, G.B. *Op. cit.*, p. 1156; Decisión del Tribunal Federal 4A_160/2009, de 25 de agosto de 2009. En *Bulletin ASA*, 2010, pp. 297-307.

[53] Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Casación, 11 de junio de 1991), 1992, *Rev. Arb*, pp. 73-75, con nota de COHEN D.

[54] BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1154-1155, y p. 1172; BESSON, S. «Piercing the Corporate Veil», en pp. 149-150.

[55] HANOTIAU, B. «Parties», en p. 327; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en p. 97; BERGER, B./F. KELLERHALS. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. Thomson Reuters (Legal) Ltd., 2010, en p. 150; Decisión del Tribunal Federal 4P.330+332/1994, de 29 de enero de 1996. En *Bulletin ASA*, 1996, pp. 496-507.

[56] BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1194; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 19-28.

4.4. La extensión basada en el análisis del consentimiento

4.4.1. La incorporación por referencia

En este caso, la cláusula arbitral no se encuentra en el documento que constituye el soporte directo e inmediato del acuerdo, sino en otro documento al que el acuerdo se refiere.[57]

El ejemplo típico es el de un acuerdo que no contiene cláusula arbitral, pero que se refiere a condiciones generales, regulaciones, etc., que sí contienen una cláusula arbitral. Se reconoce de manera general la validez de un reenvío global a condiciones generales o regulaciones cuando las partes son profesionales de una rama en la cual el arbitraje es usual, por ejemplo, el transporte marítimo[58] o el deporte de competición.[59]

Se establece aquí una presunción según la cual el operador del transporte marítimo o el deportista profesional saben que la jurisdicción arbitral ha adquirido el rango de *uso* en su rama, y han consentido en ello.

El Tribunal Federal precisó al respecto, en un caso que implicaba a un jinete profesional que había firmado una licencia que hacía una mera referencia global a la reglamentación de su federación, que: «en caso de reenvío global aceptado por escrito, el problema se desplaza de la forma al consentimiento».[60]

4.4.2. El consentimiento implícito

(i) Consentimiento mediante comportamiento y apariencia creada

Este principio se aplica cuando una parte, por su comportamiento, crea la apariencia de tener la intención de ser vinculada por la cláusula arbitral, mediante sus hechos, sus declaraciones o sus actos.[61] Eso pasa cuando ha intervenido en la conclusión o la ejecución del contrato principal, de tal manera que la parte que requiere la extensión

---

57 Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 28-31.

58 Poudret, J.F./S. Besson. *Op. cit.*, en pp. 169-181; ATF 110 II 54; ATF 121 III 38.

59 Decisión del Tribunal federal 4P.230/2000, de 7 de febrero de 2001. En *Bulletin ASA*, 2001, pp. 523-530; Decisión del Tribunal Federal 4C.44/1996, de 31 de octubre de 1996. En *Recueil des Sentences du TAS 1986-1998*, pp. 577-584; del Tribunal Federal 4 A_460/2008, de 9 de enero de 2008. En *Bulletin ASA*, 2009, pp. 540-546.

60 Decisión del Tribunal Federal 4C.44/1996, de 31 de octubre de 1996, párr. 2. En *Recueil des Sentences du TAS 1986-1998*, pp. 577-584, en p. 582 (traducción libre).

61 Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1150-1153; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 31-38.

tiene razones legítimas para asumir que la tercera parte tenía la intención de ser una parte al contrato principal, incluyendo la cláusula arbitral que contiene.[62]

En este caso, la manifestación de voluntad llega a prescindir de todo soporte documental y el acuerdo se deduce del comportamiento del tercero.

Los tribunales franceses, basados en el derecho francés, que no pide requerimientos de forma al convenio arbitral, han reconocido desde hace mucho tiempo que la extensión del convenio arbitral a terceros puede basarse en el comportamiento de una parte durante la conclusión o ejecución del contrato, es decir, en base a un consentimiento implícito, y muchas veces lo han hecho en el contexto de un grupo de compañías, aplicando la así llamada teoría del grupo de compañías (ver *infra* 4.3.2 (iii)).[63]

En Suiza, el Tribunal Federal realizó este paso en una decisión del 16 de octubre de 2003[64] (por la cual ha abandonado pura y simplemente la exigencia formal del convenio arbitral),[65] aceptando la extensión de un convenio arbitral contenido en un contrato de obra a una persona física, no parte en el contrato, pero que había intervenido de forma constante en la ejecución del mismo, en base a que esta persona no había podido desconocer el tenor de dicho contrato y, en particular, la cláusula arbitral que figuraba en el mismo, y que este hecho, junto con su voluntaria y patente intromisión en el contrato, justificaba la extensión del convenio arbitral. Una decisión que el Tribunal Federal justifica por el liberalismo con el que aborda la cuestión de la extensión de la cláusula arbitral a terceros.

En cuanto al derecho inglés, permite, en teoría, la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no firmante en base a su consentimiento implícito, pero al ser muy estrictas las condiciones y al quedar excluido el análisis del comportamiento de las partes durante la negociación o ejecución del contrato, dicha extensión permanece como una posibilidad excepcional.[66]

---

62 BERGER, B./F. KELLERHALS. *Op. cit.*, en pp. 148-149; Caso *Compagnie tunisienne de navigation Cotunav c/ Société Comptoir commerical André*, 25 de junio de 1991 (Corte de Casación), *Rev. Arb.*, 1991, pp. 453-456, con nota de MAYER, P.

63 POUDRET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 212-213.

64 ATF 129 III 727. En *Bulletin ASA*, 2004, pp. 364-389, con notas de POUDRET, J.F. «Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers», en pp. 390-397 (en adelante, «Poudret, J.F. "Un statut privilégié"»); y HABEGGER, P. «Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form», en pp. 398-410.

65 El art. 178.1 LDIP requiere que el consentimiento al convenio arbitral resulte de un texto. Ver, POUDRET, J.F. «Un statut privilégié», p. 391.

66 HANOTIAU, B. «Lessons», en pp. 349-350.

Finalmente, en derecho alemán, al ser la firma de un convenio arbitral un requisito de forma, su extensión a un tercero no firmante en base a un consentimiento implícito, queda excluida.[67]

(ii) La así llamada teoría del grupo de compañías

En Francia, se elaboró la teoría del grupo de compañías (*groupe de sociétés*) en los años 1970, y el caso *Dow Chemical*[68] es ilustrativo de la misma, que ha culminado en el caso *Société Sponsor c/ Lestrade*[69] y en una sucesión de casos de la Corte de Apelación de París, como el caso *Orri*.[70]

En virtud de dicha teoría, un grupo de compañías puede ser descrito como una unidad económica con una dirección integrada, más allá de las personalidades legales de las compañías que pertenecen al grupo. Se privilegia la realidad económica a la organización jurídica para extender la cláusula arbitral a compañías del grupo que no la han firmado, pero que han participado en la conclusión, ejecución o terminación del contrato, cuando esto corresponde a la intención común de todas las partes en el contrato. La idea es que las compañías que pertenecen a grupos, normalmente quieren un modo eficiente centralizado de resolución para todos sus litigios relativos a una misma transacción.[71] Existen dos condiciones para establecer dicha intención: primero un papel activo del tercero no firmante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral; segundo, una presunción de que el tercero no firmante conocía la cláusula arbitral:

> Una cláusula arbitral en un contrato internacional tiene una validez y una efectividad propias, de tal manera que la cláusula debe ser extendida a partes implicadas directamente en la ejecución del contrato y en cualquier litigio sobre el contrato, si ha sido establecido que sus respectivas situaciones y actividades hacen nacer la presunción de que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral, y sin respecto del hecho que hayan o no firmado el contrato que contiene el convenio arbitral.[72]

---

67 Art. 1031 ZPO; Hanotiau, B. «Consent to Arbitration», en p. 548.

68 Caso *Dow Chemical c/ Isover Saint Gobain* (Laudo interlocutorio de 1982 en el caso CCI n.º 4131). En *Journal du droit international*, 2003, pp. 899-907, con nota de Derains, Y. y *Rev. Arb.*, 1984, p. 137; Corte de Apelación de París, 21 de octubre de 1983. En *Rev. Arb.*, 1984, p. 98, con nota de Chapelle, A.

69 Caso *Société Sponsor A.B. c/ Lestrade* (Corte de Apelación de Pau, 26 de noviembre de 1986), *Rev. Arb.*, 1988, pp. 153-161, con nota de Chapelle, A.

70 Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Apelación de París, 11 de junio de 1991), *Rev. Arb.*, 1992, pp. 95-109, con nota de Cohen, D.

71 Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1166-1178; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 48-98.

72 Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Apelación de París, 11 de junio de 1991). *Rev. Arb.*, 1992, pp. 95-109, con nota de Cohen, D., en p. 97 (traducción libre).

G.B. Born considera que «interpretándola correctamente, la doctrina del grupo de compañías es un modo de aplicar los principios ya aceptados de agencia y del consentimiento implícito para arbitrar en un contexto de transacciones comerciales modernas entre varias partes, de manera que los verdaderos objetivos e intenciones de las partes queden establecidos»,[73] y que así entendida, esta teoría única (porque se aplica específicamente a convenios arbitrales y no a otros convenios) tiene la ventaja de evitar litigios paralelos que frustren la eficacia del arbitraje.[74]

Recientemente, varios autores han criticado esta teoría. B. Hanotiau considera que es una teoría «*confusa e innecesaria*»[75] que puede ser utilizada como un «atajo para evitar un razonamiento legal riguroso» permitiendo extender el convenio arbitral en casos donde no se debería.[76] Y. Derains también considera que esta teoría ha tenido su momento de gloria en las tres últimas décadas del siglo XX, pero que su impacto ahora es muy limitado.[77]

Ambos autores coinciden en que el elemento decisivo es la común intención de las partes de ser vinculadas al convenio arbitral y que la existencia de un grupo de compañías sólo es un factor para determinar dicha intención.[78] Es sintomático al respecto que en el caso *Orri*,[79] mientras la Corte de Apelación de París reconoció que la cláusula arbitral debía extenderse a una parte no firmante en base al fraude y al grupo de compañías, la Corte de Casación sólo retuvo el fraude como base a la extensión de la cláusula arbitral.

La teoría del grupo de compañías ha sido expresamente rechazada por los tribunales de varios países, como Inglaterra,[80] Suiza[81] u Holanda,[82] así como por los autores alemanes.[83]

---

73 BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1176 (traducción libre).

74 BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1208.

75 HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 543 (traducción libre).

76 HANOTIAU, B. «Lessons», en pp. 342-343.

77 DERAINS, Y. *Op. cit.*, en p. 132.

78 DERAINS, Y. *Op. cit.*, en p. 143.

79 Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Casación, 11 de junio de 1991). *Rev. Arb.*, 1992, pp. 73-75, con nota de COHEN, D.

80 Caso *Peterson Farms Inc. vs. C&M Farming Ltd. [2004] EWCH 121 (comm)*: «La doctrina del grupo de compañías (…) no forma parte del derecho inglés» (traducción libre).

81 Decisión del Tribunal Federal 330 + 332/1994 de 29 de enero de 1996. En *Bulletin ASA*, 1996, pp. 496-507.

82 Decisión n.° C04/174HR (Hoge Raad) de 20 de enero de 2006.

83 HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 548.

Por lo tanto, la tendencia actual es claramente la de prescindir de la teoría del grupo de compañías para volver a un análisis basado en el consentimiento implícito de las partes. B. Hanotiau sugiere al respecto que «cualquier referencia a una teoría del grupo de compañías desaparezca de una vez y para siempre de nuestro vocabulario».[84]

(iii) Terceros beneficiarios y comunidad de intereses

En ciertos sistemas jurídicos, un tercero que se beneficia de un contrato que contiene una cláusula arbitral puede también invocar su vinculación al convenio arbitral bajo ciertas circunstancias.[85]

Este principio también se puede aplicar en el caso de una *joint-venture* o de un contrato de sociedad, o sea mediante un mecanismo casi automático, contractual o societario (ver *supra* 4.2) o en virtud del análisis del consentimiento de los socios.[86]

En Inglaterra, dicho principio está contenido en la Ley (art. 8 del *Contract* (*Rights of Third Parties*) Act, 1999), de tal manera que se puede considerar que la extensión en este caso se opera más mediante mecanismos contractuales que en base al análisis del consentimiento.[87] En Suiza, el Tribunal Federal decidió recientemente extender el convenio arbitral contenido en un contrato a un tercero no firmante, pero que había firmado otro contrato totalmente vinculado al que contenía la cláusula arbitral, y que se había reservado derechos en éste.[88] En Alemania, los tribunales también han reconocido este principio.[89]

La cuestión principal consiste en determinar si la intención de las partes en el contrato era extender la cláusula arbitral a terceras partes, analizando sus intenciones objetivamente y de buena fe.[90] Si se puede llegar a la conclusión de que las partes tenían esta intención, se puede extender el convenio arbitral a terceros no firmantes que se beneficien del contrato.

---

84 Hanotiau, B. «Consent to Arbitration», en p. 546 (traducción libre).

85 Hanotiau, B. «Parties», en p. 326; Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 13-17 y pp. 38-43; Born, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1178-1181.

86 Hanotiau, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 39-43.

87 *Nisshin Shipping Co. Ltd vs. Cleaves & Co*. [2003] EWCH 2602 (Comm.).

88 Decisión del Tribunal Federal 4A_376/2008 de 5 de diciembre de 2008. En *Bulletin ASA*, 2009, pp. 745-761; Besson, S. «Extension», cap. IV.

89 Decisión de 9 de septiembre de 1999 BayobLGZ 255, 267 (Bayerisches Oberstes Landsgericht).

90 Born, G.B. *Op. cit.*, en p. 1180.

(iv) Garantes

La extensión del convenio arbitral a una parte que no ha firmado el contrato, pero que garantiza las obligaciones de una parte, es posible bajo ciertas circunstancias.[91] Se analizará el texto, la naturaleza de la garantía y el papel del garante en la relación contractual.

Cuanto más activo sea el papel del garante en la relación contractual (por ejemplo, el papel activo de una compañía en la negociación o ejecución de un contrato formado por su filial, en oposición a la actividad pasiva del banco en una garantía bancaria), más grande será la posibilidad de que se extienda el convenio arbitral al garante.[92]

En Europa, los tribunales son generalmente cautos cuando se trata de extender un convenio arbitral a un garante, como lo ilustran ejemplos franceses[93] o suizos.[94]

Aquí también se trata, en general, de determinar si existe un consentimiento implícito al convenio arbitral, pero también se puede analizar la situación, como ocurre en los países de *common law*, en base al principio del *Estoppel*.[95]

V. Existencia de una lógica evolutiva común

Los distintos casos de transmisión o de extensión de una cláusula arbitral a terceros no firmantes que acabamos de describir no deben ocultar rasgos o raíces comunes, ni el hecho de que se pueda observar una lógica evolutiva común.

Los casos de transmisión del convenio arbitral de manera casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios (ver *supra* 4.2) se reconocen desde hace mucho tiempo en Europa. En la mayoría de los casos, no se analiza el consentimiento de las partes,[96] porque la transmisión de la cláusula arbitral en estos casos (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.) se opera, generalmente, en base a una presunción legal o jurisprudencial, que en realidad ha codificado un consentimiento general.

---

91 BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1181-1185.

92 BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1182-1183.

93 Caso *Tareau c/ Martin et autres*, de 16 de julio de 1992 (Corte de Casación). *Rev. Arb.*, 1993, pp. 611-616, con nota de DELEBECQUE, Ph.

94 Decisión del Tribunal Federal 4A_128/2008, de 19 de agosto de 2008 (ATF 134 III 565), comparando la asunción cumulativa de deuda y otras formas de garantía.

95 BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1182.

96 HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en pp. 541-542.

Dada la existencia de esta presunción, únicamente si el tercero no firmante expresa su intención de no ser vinculado por el convenio arbitral, se procederá a analizar la cuestión de su consentimiento.

Los casos de transmisión o extensión mediante los principios de buena fe y de la prohibición del abuso de derecho (ver *supra* 4.3) también existen desde hace mucho tiempo en Europa. En este caso, no se analiza el consentimiento de las partes,[97] sino la protección de la buena fe que permite extender un convenio arbitral a una parte que no la ha firmado para sancionar su comportamiento abusivo.

En cuanto a la extensión mediante el análisis del consentimiento, esta categoría es la que ha conocido los desarrollos más importantes últimamente. Como hemos visto, hemos pasado de un consentimiento formal, donde la firma era la única manera de expresar el consentimiento, a un consentimiento material, que se puede establecer en base a circunstancias externas a la cláusula arbitral.

Este consentimiento material puede ser expreso o implícito. En el primer caso, se analizan las declaraciones expresas de voluntad de las partes para ver si existe consentimiento. En el segundo caso, se interpretan los comportamientos y silencios de las partes para ver si existe consentimiento, lo que puede llevar en ciertos casos (como en el caso de la apariencia eficaz) a oponer a una parte que no tenía la intención de ser vinculada por una cláusula arbitral la adhesión a ésta.

En consecuencia, la lógica evolutiva común puede ser descrita como un abandono progresivo de todas las formalidades y un análisis enfocado en el consentimiento material bajo todas sus formas, incluyendo formas en las cuales no se requiere el consentimiento real.

No todos los países europeos están en el mismo nivel de esta evolución. Por ejemplo, Alemania todavía exige la firma del convenio arbitral mientras Francia no exige ningún requisito de forma. Pero, esta evolución es real y se refleja tanto en la adopción de normas nacionales o internacionales al respecto, como en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales y estatales.

VI. Evaluación de la situación actual

Los distintos casos de transmisión y extensión de la cláusula arbitral detallados arriba y, especialmente, aquéllos basados en el análisis del consentimiento, de-

[97] Hanotiau, B. «Consent to Arbitration», en p. 542.

muestran que la situación es confusa, diversa, y en constante evolución. Por ello, es muy difícil determinar de manera cierta si en un determinado caso un tribunal arbitral o estatal llegará a extender un convenio arbitral a una tercera parte no firmante.

La composición del tribunal arbitral será muy importante en este contexto, al estar algunos árbitros más familiarizados que otros con el concepto de extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, sea por su formación jurídica o por su experiencia en arbitraje internacional. La solución a la que llegarán tomará en cuenta normas jurídicas o leyes determinadas por el derecho de la sede arbitral, lo que puede conllevar un gran elenco de normas. Además, como hemos visto, no es raro que los árbitros basen su decisión en los hechos y las circunstancias del caso más que en un análisis detallado en derecho.

En cuanto a los tribunales estatales, que controlan la competencia de los árbitros en caso de declinatoria arbitral, sus poderes al respecto son variables, dado que no todos los países reconocen el efecto negativo de la cláusula arbitral y que los que lo reconocen, no lo hacen de la misma manera.[98]

Además, conceptos básicos, como la noción de consentimiento, pueden variar mucho de un país a otro.

El caso *Dallah*,[99] recientemente decidido en Inglaterra y en Francia, ilustra bien esta problemática. Un tribunal arbitral con sede en París había decidido que la cláusula arbitral firmada entre *Dallah* y un *trust* se debía extender al gobierno pakistaní, dada su intromisión en el contrato. Siguiendo una demanda de exequátur del laudo en Inglaterra y la excepción de jurisdicción presentada por el gobierno pakistaní, los tribunales ingleses, y en última instancia, la Corte Suprema, han decidido, basados en un análisis de los hechos y circunstancias del caso y aplicando el derecho francés, que el gobierno pakistaní no había consentido a la cláusula arbitral firmada entre *Dallah* y el *trust* y que, por esta razón, la cláusula arbitral no se podía extender al gobierno pakistaní y el laudo no podía ejecutarse en Inglaterra. En cambio, la Corte de Apelación de París, basada en los mismos hechos y circunstancias y también aplicando el derecho francés, llegó a la conclusión contraria y acordó el exequátur del laudo en Francia.

---

98 POUDRET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 414-456; ver BESSON, S. «Réflexions sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)». En *Bulletin ASA*, 2011, pp. 574-584.

99 Ver *supra*, nota de pie de página n.° 20.

Si dos tribunales, juzgando los mismos hechos en base al mismo derecho, llegan a conclusiones diametralmente opuestas en lo que concierne a la extensión de la cláusula arbitral, queda patente la falta de previsibilidad al respecto.

Por ello, y dado que el consentimiento a la cláusula arbitral puede ahora de manera general deducirse de todo tipo de comportamientos y situaciones, resulta muy difícil para un operador en contratos internacionales determinar si está o no vinculado por una cláusula arbitral en un caso dado.

VII. Conclusión

Si existe un consenso general en Europa para reconocer que el consentimiento de las partes debería ser la base de la extensión de una cláusula arbitral a terceros no firmantes, salvo en los casos en los cuales la transmisión o extensión se opera mediante mecanismos contractuales o societarios, o principios generales como la buena fe o el abuso de derecho, el problema es definir este consentimiento.

El título de la decimoquinta *Freshfields Lecture*, presentada por B. Hanotiau en octubre del 2010, «*Consent to arbitration: do we share a common vision?*», es sintomático de este problema, y las respuestas que da a esta pregunta,[100] después de haber detallado las diferencias considerables que existen entre los diferentes sistemas jurídicos para establecer la existencia del consentimiento, refuerzan nuestra evaluación de que la situación es confusa, diversa, en constante evolución y que es difícil determinar de manera cierta, si en un caso dado un tribunal arbitral o estatal llegará a extender un convenio arbitral a una tercera parte no firmante.

Cuando lo que buscan los operadores de los contratos internacionales es ante todo previsibilidad.

Ante esta situación, y dado que una unificación del concepto de consentimiento y de sus condiciones no es previsible en un futuro próximo, los operadores de los con-

[100] Hanotiau, B. «Consent to Arbitration», en pp. 553-554: «Los conceptos no son fijos, sino en constante desarrollo (…). Se debe adoptar un enfoque moderno sobre el consentimiento, más pragmático, más enfocado en el análisis de los hechos, que pone más énfasis en la práctica comercial, la realidad económica, los usos del comercio y las dimensiones complejas y multifacéticas de proyectos amplios involucrando grupos de compañías y contratos relacionados en escenarios multipartes y multicontratos, y un enfoque no restringido al consentimiento expreso, pero que también toma en consideración sus varias expresiones y que tiene que dar mucha más importancia que antes al conducto de los individuos y compañías involucradas» (traducción libre).

tratos internacionales deberían llevar sus actividades y relaciones con terceros siempre con la idea de que sus declaraciones y comportamientos pueden ser considerados algún día como elementos constitutivos de su consentimiento a un convenio arbitral. Eso sirve, en particular, para los operadores más expuestos (miembros de un grupo de compañías, operando en una rama donde el arbitraje es usual, etc.), y para cierto tipo de operaciones (garantías, subcontratación, etc.).[101]

Una opción pragmática que tienen para premunirse del riesgo de ser atraído a un procedimiento arbitral sin su consentimiento en un contexto contractual determinado, es declarar su voluntad de no aceptar el arbitraje como modo de resolución de litigios, por ejemplo, precisándolo en el contrato mismo o mediante una declaración de voluntad unilateral inequívoca. O sea, firmando una declaración excluyendo todo convenio arbitral.

El hecho de que la firma haya pasado en la segunda mitad del siglo XX de ser una condición necesaria para someter un litigio a arbitraje a considerarla a principios del siglo XXI como una manera de evitarlo, es sintomático de la evolución del arbitraje comercial internacional y del hecho que el arbitraje ya es el modo normal de resolución de los litigios comerciales internacionales.

Pero esta evolución sólo será sostenible si corresponde a la voluntad y a las necesidades de los operadores de los contratos internacionales.

Su consentimiento es más que nunca necesario.

[101] VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 69.

Los privilegios probatorios *(evidentiary privileges)* en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación *(settlement privilege)*

Maribel Rodríguez Vargas[*]

Sumario: I. Introducción.— II. Secreto profesional, privilegios de la relación abogado-cliente y *settlement privilege.*— III. Recomendaciones o principios rectores para la resolución de conflictos de privilegio en arbitraje internacional.— 1. Reconocimiento de la necesidad de respetar y hacer valer los privilegios y reconocimiento del secreto profesional como derecho fundamental.— 2. Los intentos de determinación del privilegio aplicable por regla de conflicto de leyes. La «*closest connection rule*».— 3. *Fairness and Equality* (equidad e igualdad) en el tratamiento de las partes.— 4. Pérdida de privilegios por renuncia y otros.— 5. Privilegio relativo a negociaciones tendentes a una transacción.— IV. Casos y ejemplos.— 1. Grupo de casos n.º 1.- El abogado interno en un arbitraje internacional.— 2. Grupo de casos n.º 2.- Abogado continental testificando en favor de su cliente en un arbitraje con derecho aplicable el Derecho de Nueva York.— 3. Grupo de casos n.º 3.- (i) Información (confidencial) obtenida por abogado en el curso de negociaciones de transacción; (ii) información (confidencial) obtenida por abogado al asesorar previamente a ambos litigantes; (iii) confidencias de un testigo obtenidas por abogado en un procedimiento anterior.— 4. Grupo de casos n.º 4.- Revelación no conocida o voluntaria de documento supuestamente confidencial. Interés en la administración de justicia.— V. Otros privilegios.— VI. Conclusión.

---

[*] La autora desea expresar un especial agradecimiento a Cristian Conejero Roos, socio del bufete *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira* y ex Consejero de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por su inspiración, su apoyo y sus valiosísimos comentarios a la hora de preparar el presente capítulo; así como a Iñigo Quintana Aguirre, socio de dicho bufete, por su guía al comentar experiencias previas, preservando debidamente los datos confidenciales. La autora es abogada de *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio de Abogados del Estado de Nueva York (EE.UU.).

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad resulta ampliamente aceptada la existencia de ciertos tipos de comunicaciones confidenciales que no deben ser reveladas en procedimientos de resolución de disputas civiles, comerciales y/o de inversiones.[1] Por ejemplo, aquéllas que reflejan secretos de Estado, cuestiones relevantes de seguridad, defensa y/o estrategia militar, comunicaciones entre un cliente y su abogado relativas al asesoramiento jurídico, manifestaciones realizadas entre las partes en el curso de negociaciones con ánimo de llegar a una acuerdo o transacción extrajudicial, confidencias entre un médico y su paciente y/o confidencias entre esposos, etc. El presente comentario no se ocupa de todos estos ejemplos sino que, en particular, versa acerca de **la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente** (en las culturas jurídicas del *common law* se conoce generalmente como *legal advice privilege* o *attorney-client privilege*,[2] y como «secreto profesional» en las culturas del *civil law*) por una parte; y, por otra, de la protección de las manifestaciones realizadas en el curso de negociaciones tendentes a conseguir una solución transaccional (*settlement o without prejudice privilege*).

Pongámonos en situación enunciando un ejemplo. En un arbitraje entre una empresa francesa y una empresa inglesa, con Derecho aplicable el Derecho del Estado de Nueva York, sede del arbitraje en Paris, y abogados ejercientes en España, Francia, México, Suiza y Nueva York, no sería extraño encontrar situaciones controvertidas de aplicabilidad del llamado privilegio abogado-cliente o del secreto profesional en relación con comunicaciones, testimonios y/o documentos que una de las partes del proceso pretendiera obtener de la parte contraria (bajo alguna forma de *discovery* o exhibición documental que permitiese el tribunal arbitral) y de las que pretendiera valerse para exponer su caso. O bien, que una de las partes apoyara sus alegaciones de asunción de responsabilidad de la parte contraria mediante correspondencia intercambiada entre ambas en el curso de negociaciones, pretendiendo que dicha documentación fuera admitida como prueba de la asunción de responsabilidad de su contraparte o de cualesquiera hechos relacionados.

En efecto, al poner en contacto diversos sistemas jurídicos potencialmente aplicables a ciertos aspectos de la obtención y práctica de prueba en el arbitraje y a la re-

---

1 MARTIN, J., H. HUNTER y G. TRAVANI. «Electronically Stored Information and Privilege in International Arbitration». En *Liber Amicorum, Bernardo Cremades*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y ARIAS (ed.). La Ley, 2010, p. 614.

2 También se hará referencia, más adelante, a otros dos tipos de protección de comunicaciones y documentaciones confidenciales fruto de la relación abogado-cliente: el *litigation privilege* (nomenclatura utilizada en la tradición jurídica anglosajona) y la doctrina similar americana (*work-product doctrine*).

gulación de la conducta de abogados y partes en el proceso, se generan, en la práctica, conflictos relativos a la protección de comunicaciones e informaciones confidenciales (y por tanto, a la admisibilidad o exclusión de los mismos como medios de prueba).[3] Si no se manejan adecuadamente, este tipo de conflictos que acaecen en el curso del proceso podrían afectar a la efectividad del laudo (esto es, a su capacidad para ser reconocido en los distintos países) o incluso a su permanencia (*e.g.*, por ser contrario al orden público de la sede).

El objetivo del presente trabajo es eminentemente práctico: pretende arrojar algo de luz, a modo de guía, que ayude a solventar las controversias con que, en esta materia, puedan enfrentarse los profesionales del arbitraje, habida cuenta de la ausencia de reglas uniformes al respecto. Por ello, tras una brevísima definición se expondrán una serie de recomendaciones que ejemplifican el estado de reconocimiento de estos principios en arbitraje internacional y finalmente se presentarán casos prácticos y sus posibles soluciones.

II. Secreto profesional, privilegios de la relación abogado-cliente y *settlement privilege*

La protección de determinadas comunicaciones o testimonios, esto es, la imposibilidad de revelarlos y/o de valerse de los mismos en procedimientos civiles, comerciales, de inversiones o de otro tipo se basa en la consideración de «intereses superiores» que se encuentran en el origen o fundamento de esas comunicaciones o testimonios.

Así, en los sistemas continentales y del *civil law*, el **secreto profesional** del abogado consiste en la obligación legal, contractual y ética de éste de mantener en secreto la información que ha recibido de sus clientes en el ámbito de su asistencia profesional. Su finalidad es la de proteger: la integridad de la profesión (impidiendo que el abogado revele o pueda verse obligado a revelar las confidencias así obtenidas); el derecho de defensa (garantizando que el diálogo sincero del cliente con su abogado que, en último término, es el que permite una mejor defensa, quede inmune respecto de presiones de revelación de la información); así como la privacidad e intimidad del

[3] Así, por ejemplo, las distintas partes en el arbitraje podrían alegar la aplicación de sus respectivas leyes nacionales para hacer valer determinadas reglas de exclusión de documentos y/o testimonios en el proceso. O bien los propios abogados intervinientes podrían estar obligados por su estatuto jurídico (reglas disciplinarias y penales) a no aportar ciertos documentos/testimonios conforme a su deber de mantener las confidencias del cliente (secreto profesional), o bien a no utilizar documentos relativos a una negociación.

cliente. En muchas jurisdicciones, entre ellas España, el secreto profesional tiene una doble faceta de derecho-deber.[4]

En cambio, el llamado *legal advice privilege* (Inglaterra) (conocido como *attorney-client privilege* en EE.UU.) de los países del *common law*[5] se configura como un «privilegio» que permite eximir a las partes del proceso de la obligación de exhibición amplia de documentación y testimonios[6] propio de las fases de *discovery* y *pre-discovery*.[7] El *attorney-client privilege* es, por tanto, fundamentalmente, una regla de exclusión en materia probatoria. Así, conforme al privilegio abogado-cliente el abogado tiene el deber de hacer valer el derecho de su cliente a no revelar las comunicaciones entre abogado y cliente realizadas con el propósito de obtener asesoramiento legal. Se ha insistido en que el punto de mira de esta institución legal -esto es, desde la perspectiva del *common law*- se encuentra en el cliente, a fin de protegerle del deber amplio de exhibición de información (*discovery* y *pre-dicovery*), permitiendo así la confesión franca, completa y sin reserva con su asesor (principio de candidez) para hacer posible la mejor defensa y no temer verse obligado a exhibir en un proceso las manifestaciones de dicho asesoramiento.[8]

---

4 Art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española. Véase, asimismo, el apartado de Francia en FISHER, J. «Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzertland, and certain other European Jurisdictions». CCBE, 2004, disponible en www.ccbe.org.

5 *Solicitor-client privilege* en Canadá y *lawyer-client privilege* en Australia.

6 Si bien el *discovery* y *pre-discovery* son propios de procedimientos del *common law*, cada vez de forma más frecuente se establecen fases de solicitud y exhibición documental limitada en los arbitrajes internacionales.

7 En el contexto anglo-americano la protección de las comunicaciones entre abogado y cliente se articula en torno a dos principios: el *attorney-client privilege* en terminología americana (o *legal-advice privilege* en terminología anglosajona) y el *work-product doctrine* en terminología americana (o *litigation privilege* en terminología anglosajona). Este último protege toda la documentación, comunicaciones, borradores, notas, etc., preparadas durante el proceso contencioso y con anterioridad al mismo cuando dicha documentación y comunicaciones se efectuaron anticipando la posibilidad del inicio de un proceso contencioso. El propósito del *work-product* o *litigation privilege* consiste en que las notas, escritos e impresiones mentales de un abogado no deben ser exigibles en una fase de *discovery* ya que el abogado debe poder trabajar con un cierto grado de privacidad e inmune a la intrusión de partes opuestas para no afectar así el interés de la administración de justicia. HEITZMAN, P. «Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practive: the Need for a Global Standard?», *26 ASA BULLETIN 205 (2008)*, p. 208.

8 BERGER, K.P. «Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion». *Arbitration International,* 2006, 22(4), 501-520, pp. 502-503. Asimismo, MEYER, O. «Time to Take a Closer Look, Privilege in International Arbitration», *24 Journal of International Arbitration, 365-78 (2007)*, p. 373, con referencia a la sentencia *Upjohn Co. vs. United States*, 449 U.S., 383, 389 (1981). Las decisiones y los comentaristas del *common law* reconocen que el *attorney-client privilege*

A diferencia de los sistemas del *common law* (en los que el «*attorney-client privilege*», se dice, pertenece al cliente, no al abogado),[9] conforme a la institución del «secreto profesional» el abogado no está excusado y puede verse obligado a seguir preservando la confidencialidad de la información (esgrimiendo el secreto profesional) aún cuando el cliente haya revelado consciente o inconscientemente la información «confidencial» con anterioridad.[10] En cambio, en la institución del *attorney-client privilege* la revelación de la información por el cliente (el cual se configura como titular del «privilegio») supone la renuncia al mismo, no teniendo el abogado capacidad de decisión una vez su cliente actuó.

Por otra parte, el *«settlement» o «without prejudice» privilege* (que impide hacer valer en el proceso, como prueba de hechos y de asunciones de responsabilidad, las manifestaciones y ofrecimientos realizados por las partes durante el curso de una negociación), pretende fomentar la efectividad de las negociaciones y evitar que, por miedo a que sus manifestaciones sean entendidas como reconocimiento de hechos y/o de responsabilidades, las partes frustren negociaciones que en ausencia de dicho temor podrían resultar en verdaderas transacciones exitosas.

Aunque los diferentes ordenamientos nacionales suelen coincidir en el objeto protegido (la comunicación o testimonio confidencial), con frecuencia difieren en el alcance o extensión de la protección (*e.g.*, todo el documento o testimonio, o parte de él), la posibilidad de renunciar al derecho/privilegio, las manifestaciones fácticas que implican renuncia al derecho/privilegio, y/o qué sujetos pueden efectuarlas, etc.

Por lo tanto, el problema se presenta cuando, como es habitual en arbitraje internacional, se enfrentan en el proceso partes de diferentes nacionalidades, que intentar valerse de documentos/testimonios creados y/o emitidos en diferentes países, siendo además los árbitros de diferentes culturas jurídicas y rigiéndose los abogados intervinientes por diversos estatutos. A ello cabe añadir que el Derecho aplicable a la

---

y el *work-product* contribuyen también a elevar la profesionalidad y la integridad del sistema jurídico, si bien la *ratio* que da sentido a dichas privilegios se sitúa en la protección del cliente y su diálogo sincero con el asesor.

9 *Op. cit.* Berger, K.P. (2006), p. 503, con referencia a la sentencia *Three Rivers Distrcit Council and others vs. Governor and Company of the Bank of England* [2005] 1 AC 610, p. 635.

10 Tal es la situación, por ejemplo, en España (véase el art. 5 (8) *in fine* del Código Deontológico de la Abogacía Española). Asimismo, en Francia: '*[L'obligation du secret professionnel] est absolue et … il n'appartient à personne de les en affranchir*' – Crim. 11 mai 1844. S.441.527 (la obligación de secreto profesional es absoluta y no puede ser dispensada por nadie); y el hecho de que la información del cliente llegue a ser conocida por terceras partes no le quita el carácter de confidencial ni de protección bajo secreto profesional (Cass crim, 16 mai 2000, D 2002, somm 858).

disputa puede ser distinto del Derecho más estrechamente relacionado con cada una de las circunstancias anteriores y/o que la sede del arbitraje también lo sea.

Como puede apreciarse, esta **pluralidad de ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables genera una diversidad de soluciones jurídicas.**[11] Por ejemplo, la obligación o no de aportar cierta documentación podría determinarse en función de la ley nacional de la parte que emitió o a quien se dirigió dicho documento o bien en función del estatuto jurídico con arreglo al cual ejerce el abogado que representa a dicha parte, o de la ley del lugar en que se creó el documento.[12]

A modo de ilustración de las controversias que pueden presentarse en el seno de un arbitraje internacional como consecuencia de las distintas concepciones jurídicas en materia de confidencialidad abogado-cliente pueden citarse, por ejemplo, la protección o no de las comunicaciones entre la empresa (parte en el arbitraje) y su abogado interno (*in-house counsel*), que generalmente no se consideran amparados por el secreto profesional (y por tanto no estarían «protegidas» ni excusada su no aportación al proceso) conforme al Derecho de ciertos países (Francia, Suecia, Italia, Suiza)[13] pero sí en Derecho inglés, español, belga, danés, de los Países Bajos y en la mayoría de las jurisdicciones de EE.UU.[14]

---

[11] Inclusive, a menudo suelen plantearse soluciones específicas para cada documento (es decir, no soluciones homogéneas de aplicación de una determinada ley a todos los documentos), lo cual podría devenir en un desigual tratamiento para alguna de las partes.

[12] La doctrina viene reconociendo hasta nueve ordenamientos legales distintos potencialmente aplicables a un concreto reclamo de privilegio por confidencialidad abogado-cliente, por ejemplo: (i) la *lex loci arbitri*; (ii) la ley aplicable a la disputa; (iii) la ley del lugar en el que se encuentra el documento, o (iv) la del lugar en que se creó el documento, o (v) la del lugar en el que se entregó el documento; (vi) el domicilio de la parte que reclama el privilegio o (vii) su ley nacional; (viii) la ley del domicilio profesional el abogado implicado en la comunicación controvertida (esto es, la ley del Estado en que ejerce profesionalmente); o (ix) la ley del lugar en el que el laudo será presumiblemente reconocido y ejecutado. SINDLER, M. y T. WÜSTEMANN. «Privilege Across Borders in Arbitration: Multijurisdictional Nightmare or a Storm in a Teacup?», *23 ASA Bulletin 610*, 619 (2005). Enumeraciones similares en *Op. cit.* MEYER, nota al pie n.º 28; y *Op. cit.*, SCHABRENDORFF y SHEPPARD, p. 768.

[13] *Op. cit.*, MARTIN, J., H. HUNTER y G. TRAVANI, p. 618 *in fine*, y 619. Asimismo, véase *Lex Mundi, In-House Counsel and Attorney-Client Privilege, 2009*, Francia, Suecia, Italia, Suiza, disponible en http://www.lexmundi.com/lexmundi/InHouseCounsel_AttorneyClientPrivilege_Guide.asp?SnID=2.

[14] *Op. cit.*, MARTIN, J., H. HUNTER y G. TRAVANI, p. 618. Asimismo, véase *Lex Mundi, In-House Counsel and Attorney-Client Privilege*, 2009, Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos y jurisdicciones de EE.UU., disponible en http://www.lexmundi.com/lexmundi/InHouseCounsel_AttorneyClientPrivilege_Guide.asp?SnID=2 .
Así, en el supuesto que se ofrecía al inicio de esta exposición, podría presentarse la siguiente controversia: la empresa inglesa reclama ciertas comunicaciones intercambiadas entre la em-

Otro supuesto problemático consiste en la renuncia al privilegio que puede efectuar el cliente bajo la tradición jurídica del *common law* (esto es, si la ley aplicable fuese la inglesa y/o la ley de un estado americano como por ejemplo Nueva York) por ejemplo, por el hecho de haber «revelado» la información a terceros, y, sin embargo, la posibilidad de que dicha renuncia no sea efectiva en otros Derechos continentales en los que el secreto profesional o bien pertenece al abogado o bien no puede ser «renunciado» y por tanto, el abogado puede seguir estando obligado a proteger dicha información bajo amenaza de sanciones disciplinarias y/o penales.[15]

O, en otro supuesto en que se exige la aportación al proceso de las notas tomadas por el abogado interno de una compañía inglesa (abogado colegiado en Nueva York) en la reunión mantenida por dicha empresa en las oficinas de la contraparte (aquélla con la que se enfrenta posteriormente en el proceso arbitral) bajo la alegación de que conforme al Derecho inglés la información reflejada en las notas tomadas en presencia de múltiples personas elimina el carácter confidencial de las mismas; en este caso la parte requerida se opone a la aportación argumentando que las notas fueron tomadas por un abogado que ejerce profesionalmente conforme a las reglas de Nueva York, las cuales consideran privilegiada dicha documentación aún cuando ésta se refiere a comunicaciones proferidas en presencia de terceras personas.[16]

Asimismo, da lugar a discusión, como veremos más adelante, si la declaración testimonial de un abogado respecto de un concreto hecho o un punto determinado relativo al consejo legal proporcionado al cliente en el pasado supone la renuncia total y absoluta al conjunto de materias relacionadas con el asesoramiento prestado.

La posibilidad de que se generen conflictos de este tipo como consecuencia de las variadas soluciones que aportan los diferentes ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables es alta y no existen reglas uniformes que indiquen, en los distintos

---

presa francesa y su abogado interno alegando que conforme al derecho francés (el derecho aplicable a su contraparte y a su abogado interno, domiciliado en Francia) dichas comunicaciones no están amparadas bajo la obligación de secreto profesional. Al mismo tiempo, teóricamente, la empresa inglesa se negaría a satisfacer similar requerimiento de su contraparte francesa justificando tal rechazo en que con arreglo al derecho inglés las comunicaciones entre la empresa y su abogado interno son confidenciales y están amparadas por el privilegio abogado-cliente.

15 Véase *supra*, nota al pie n.º 10.

16 Ejemplo basado en un supuesto ofrecido por Tawil G.S. e I.J. Minorini Lima. «Privilege-Related issues in International Arbitration». En *Written Evidence and Discovery in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, 2009, Giovannini, T. y A. Mourre (eds.), pp. 29-56, p. 38.

supuestos, si la comunicación controvertida debe o no protegerse, o bien que indiquen la regla de conflicto con arreglo a la cual debe decidirse el supuesto.

Por otra parte, a pesar de que las reglas de ciertas instituciones arbitrales reconocen la existencia y relevancia del «privilegio», éstas no proporcionan, sin embargo, guía suficiente para determinar cómo deben decidirse las cuestiones que surjan en materia de *legal privilege* y secreto profesional.[17] En este sentido, las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional en su versión de 2010[18] (como ya hiciera la previa versión de 1999) reconocen asimismo la conveniencia de hacer valer ciertos privilegios y por primera vez proporcionan algunas directrices.[19]

---

[17] Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD, más conocido por su nomenclatura y siglas en inglés: *International Center for Dispute Resolution*, ICDR) de la Asociación Americana de Arbitraje, *American Arbitration Association* (AAA), dispone, en su art. 20 (6): «El tribunal determinará la admisibilidad, relevancia, sustantividad y peso de la prueba ofrecida por las partes. El tribunal tomará en cuenta los privilegios legales aplicables como, por ejemplo, los que comprendan la confidencialidad de comunicaciones entre abogado y cliente». Este reglamento no proporciona, sin embargo, guía en cuanto a qué principios legales de privilegio son aplicables. Por su parte, el artículo 22 (3) del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, (versión 2012) dispone que «el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial» (de forma muy similar, el antiguo artículo 20 (7) del Reglamento, versión de 1998). Las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*Stockholm Chamber of Commerce*, SCC) no mencionan el aspecto del privilegio legal. Tampoco lo hacen las Reglas de Arbitraje (versión 1998) de la *London Court of International Arbitration* (LCIA). No obstante, las Reglas de Arbitraje del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (*Rules for non-administered arbitration*, art. 12(2)) sí que mencionan la protección del privilegio. Asimismo, los Principios ALI / UNIDOIT del Proceso Civil Transnacional adoptados y promulgados (2004), fueron un intento de reconocimiento de estos principios (arts. 16 (2) y 18) pero tampoco proporcionan guía suficiente.

[18] La IBA no es una institución arbitral sino una organización profesional. Lógicamente, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional no constituyen *per se* un cuerpo normativo vinculante (salvo, claro está, que las partes decidieran expresamente regirse por ellas, por ejemplo, por incorporación por referencia), pero son una buena muestra del consenso internacional sobre buenas prácticas en las distintas materias que abordan.

[19] De hecho, con anterioridad a su adopción final, ciertos sectores esperaban que las Nuevas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional incluirían un conjunto de reglas detalladas y uniformes en materia de privilegios probatorios. En realidad, pese a no ir tan lejos, las reglas de la IBA han proporcionado un buen material para abordar los conflictos de protección de privilegios probatorios, como veremos más adelante.

Pensamos que la **ausencia de un texto normativo detallado y armonizado** no es necesariamente un inconveniente. La **razonabilidad, la flexibilidad y la centralidad del principio de igualdad de armas** que debe regir el proceso pueden servir de guía a los tribunales arbitrales a la hora de decidir (y a las partes a la hora de argumentar) en las potenciales controversias sobre aplicación de privilegios que se presenten en el curso del procedimiento. En este ejercicio de determinación hay que tener en cuenta al menos dos aspectos: por un lado, la orientación a preservar la **ejecutabilidad del laudo** (fundamentalmente, asegurando el respeto a los principios esenciales del procedimiento tales como audiencia o contradicción e igualdad de armas); y, por otro, atender a una de las características y finalidades del arbitraje internacional, cual es el de la **deslocalización** del mismo y por tanto la minimización de la influencia del Derecho procedimental de un determinado foro sobre la tramitación del proceso.[20]

Así, pese a la ausencia de un texto normativo concreto de resolución de los supuestos o de determinación de la norma conflicto, creemos que pueden esbozarse una serie de principios-guía ampliamente reconocidos con arreglo a los cuales puede alcanzarse una solución justa que garantice la eficacia del laudo (esto es, su reconocimiento en los distintos países y su resistencia a la anulación).

III. Recomendaciones o principios rectores para la resolución de conflictos de privilegio en arbitraje internacional

1. Reconocimiento de la necesidad de respetar y hacer valer los privilegios y reconocimiento del secreto profesional como derecho fundamental

Podríamos afirmar que existe un amplio consenso internacional[21] y en concreto en la comunidad arbitral,[22] acerca de la necesidad de respetar, en la llevanza de los procedimientos, una serie de privilegios entre los cuales se encuentran los relativos a comunicaciones entre el abogado y su cliente.[23]

---

20 *Op. cit.*, Meyer, p. 367.

21 Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de septiembre de 2010 (Akzo, C-550/07). Asimismo, en la previa sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de noviembre de 2007 (T-125/2003 y T-253/2003): «the principle of the protection of the confidentiality of written communications between lawyer and client is an essential corollary to the effective exercise of the rights of the defense».

22 Art. 9 (2) (b) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

23 Principio n.º 4, Principios Internacionales de Conducta de la Profesión Legal de la IBA (2011) (*International Principles on Conduct for the Legal Profession*). Véanse especialmente los comentarios 4 (2) y 4 (3) al principio n.º 4 sobre confidencialidad/secreto profesional.

Dichos principios han sido considerados como derechos de carácter fundamental (art. 2 (3)(1) del Código Deontológico de los Abogados Europeos aprobado por el Consejo de la Abogacía Europea, CCBE). En concreto, no se ha dudado en considerar el secreto profesional (y sus variantes de privilegio abogado-cliente) como parte esencial del derecho fundamental de defensa proclamado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6),[24] en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47 (2), acerca del derecho a hacerse aconsejar, defender y representar)[25] y en la práctica totalidad de los ordenamientos, considerándolo, de facto, uno de los pilares del sistema jurídico en que se asientan nuestras sociedades.[26]

Ahora bien, dada la diferente consideración de los asuntos de privilegio por confidencialidad en los distintos países y dada la ausencia de reglas uniformes,[27] cabe la pena preguntarse cómo determinar si el privilegio invocado por una parte y al que se opone su contraria merece o no protección.

2. Los intentos de determinación del privilegio aplicable por regla de conflicto de leyes. La *«closest connection rule»*

Una de las formas que se ha venido observando tradicionalmente para decidir si un privilegio puede o no invocarse legítimamente consiste en tratar de determinar el Derecho aplicable al privilegio alegado[28] mediante una norma de conflicto de leyes. No obstante, no hay una regla uniforme de determinación de ley aplicable en caso de privilegios[29] y el asunto es suficientemente complejo como para que concurran una multiplicidad de ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables.[30]

---

[24] Asimismo se ha proclamado su asociación al derecho a la intimidad y a la privacidad (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

[25] La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) es jurídicamente vinculante a raíz del Tratado de Lisboa, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010/C 83/01).

[26] HEITZMAN, P. *Op. cit.*, p. 218.

[27] En este sentido, existe una propuesta informal, preparada por BISHOP, D. y M. STEVENS y presentada a discusión en el Congreso ICCA 2010 bajo el título *International Code of Ethics for Lawyers Practicing Before International Arbitral Tribunals* que incluye las Reglas 4, 5 y 6 sobre confidencialidad, secreto profesional y privilegios abogado-cliente en arbitraje internacional. La opción que presenta esta propuesta, específica para arbitraje internacional, es la de una protección amplia del secreto profesional y privilegio abogado-cliente en línea con la que se expone en el presente trabajo (véase *infra*).

[28] De hecho, el propio artículo 9.3 de las Reglas de la IBA dice «Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración (…)» (énfasis nuestro).

[29] BERGER, K.P. «Evidentiary Privileges under the revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration». *International Arbitration Law Review,* 2010, 13(5), 171-176, p. 171 *in fine*.

[30] Recuérdese la enumeración de hasta 9 derechos potencialmente aplicables a una comunicación abogado-cliente.

La dificultad se acrecienta por el hecho de que no existe siquiera consenso acerca de si las cuestiones de privilegio revisten carácter sustantivo o procedimental.[31] Si revistiesen carácter procedimental,[32] cobraría fuerza la tesis de la aplicación de la *lex loci arbitri*; si revistiesen carácter sustantivo, entonces algunos autores han considerado que el Tribunal debería aplicar las leyes de conflicto que determinase la *lex loci arbitri*.[33] La aplicación, de una forma automática, de la *lex loci arbitri* (esto es, en el caso de primar el carácter procedimental), puede no ser adecuada, resultar «forzada» y extraña en el contexto real en que se crearon e intercambiaron los documentos controvertidos y quedar muy lejos de las expectativas de las partes en el momento en que surgió el privilegio.[34] Igualmente, la aplicación de las leyes de conflicto de la *lex loci arbitri* tampoco resulta *per se* satisfactoria pues podría dar lugar a soluciones muy diversas en función de cada documento o comunicación que goce de privilegio, lo cual generaría desigualdades notables entre las partes.

Además, resulta hoy ampliamente admitido que el hecho de haber sometido la resolución de una disputa a arbitraje no implica acuerdo de las partes acerca del Derecho que debe regir los asuntos de privilegio ya que las especialidades del Derecho aplicable a la disputa y la sede del arbitraje distaban mucho de ser imaginadas o contempladas por las partes en el momento en que ocurrieron las comunicaciones confidenciales.[35] En otro orden, existe amplio consenso en que la decisión acerca de la aplicación o no de privilegios en materia probatoria corresponde al árbitro como parte de sus competencias sobre admisibilidad de medios de prueba.[36]

¿Cómo determinar entonces si un documento o comunicación es o no privilegiado? Una forma de minimizar una excesiva discrecionalidad que podría conducir a

---

[31] Berger, *Op. cit.*, K.P. (2006), p. 507. Existe cierta preferencia por considerarlas de corte sustantivo, si bien se reconoce que dicha preferencia no debe llevar a aplicar de forma automática la ley de conflicto de la *lex loci arbitri* (Cohen, A. «Options for Approaching Evidentiary Privileges in International Arbitration». En *Op. cit.,* Giovanni, T. y A. Mourre (eds.), 2009, p. 427).

[32] Tradicionalmente, los países del *civil law* parecían favorecer este enfoque. *Op. cit.*, Berger, K.P. (2006), en nota al pie n.º 46.

[33] Berger, K.P. *Op. cit.*, (2006), p. 507.

[34] Por ejemplo, imagínese cómo quedarían las expectativas de las partes si la *lex loci arbitri* fuera aplicada para resolver una cuestión de privilegio de documentos que fueron creados y/o intercambiados en otra jurisdicción (incluso, en un continente distinto), años antes de que la sede del arbitraje fuera fijada (en ocasiones, las sedes se fijan por conveniencia física y neutralidad), o años antes del comienzo del arbitraje.

[35] Mosk, M. y T. Ginsburg. «Evidentiary Privileges in International Arbitration». *50 International & Comparative Law Quarterly (2001)*, pp. 346 y ss., p. 377. De forma similar, hoy en día es pacífico que el hecho de someterse a arbitraje no implica una renuncia al privilegio. *Op. cit.*, Tawil, G.S. e I.J. Minorini Lima, p. 31.

[36] Meyer, O., *Op. cit.*, p. 367 y M. Mosk y T. Ginsburg, p. 376.

incertidumbre e inseguridad jurídica consiste en tener en cuenta, al menos a efectos de un estándar mínimo o de orientación, algún sistema de referencia.[37] Así, a pesar de la ausencia de una regla uniforme de conflicto de leyes en este punto, los profesionales y la doctrina han venido favoreciendo la regla del vínculo más estrecho[38] o «*closest connection rule*»[39] que parece admitirse que correspondería (en el caso de privilegio basado en la relación abogado-cliente) al lugar en el que la parte que invoca el privilegio tiene su centro de operaciones (ya que la legítima expectativa de la parte sería la de regirse por el Derecho del país en que tiene su centro de operaciones y desde el que opera).[40]

En todo caso, lo recomendable sería aplicar este derecho en tanto en cuanto no suponga incumplir el orden público de la sede del arbitraje ni las obligaciones éticas y legales del abogado a que se refiere el privilegio.[41]

Bajo esta perspectiva, esto es, identificando el vínculo más estrecho con el lugar en que se encuentra el centro de operaciones del reclamante del privilegio, la *closest connection rule* se coordinaría bien con el artículo 9 (3) (c) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional («Reglas de la IBA») que establece la necesidad de decidir las reglas aplicables tomando en cuenta «las expectativas de las partes y sus asesores (e)l tiempo (sic.) en que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal».

Cuanto se ha dicho operaría asumiendo que las partes en el procedimiento no hubieran acordado previamente normas concretas para regir las situaciones de privi-

---

37 SCHABRENDORFF, F. y A. SHEPPARD, tras señalar que esta determinación podía hacerse por referencia a una regla nacional, a principios de derecho internacional privado o por la vía directa (*e.g.*, conforme al art. 17 del Reglamento de la CCI), favorecían la aplicación de principios de derecho internacional privado y en concreto la *closest connection rule*. *Op. cit.*, SCHABRENDORFF y SHEPPARD, p. 767. Igualmente, PLAYER, J. reconoce que hoy en día la *closest connection rule* es el principio transnacional aplicable por excelencia. PLAYER, J. «Lawyer-Client Privilege in International Arbitration – a blurred area prone to unpredictability or useful flexibility?». *International Arbitration Law Review*, 2009, 12 (5), 101-106, p. 103.

38 Regla adoptada en el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 4), y, de forma similar, enunciada como «*most significant relationship rule*» en el sistema norteamericano reflejado en *Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188 (1971).*

39 *Op. cit.*, HEITZMAN, P., p. 219. *Op. cit.*, SCHABRENDORFF, F. y A. SHEPPARD, p. 767.

40 *Op. cit.*, BERGER, K.P. (2006), p. 518 *in fine. Op. cit.*, TAWIL, G.S. e I.J. MINORINI LIMA, p. 48.

41 *Op. cit.*, TAWIL, G.S. e I.J. MINORINI LIMA, pp. 48-49. En este sentido, tanto los Principios de Conducta de la Profesión Legal de la IBA (2011) como la propuesta de BISHOP de un Código Ético para abogados en arbitraje internacional (2010) favorecen el respeto de la «doble deontología», *i.e.*, cumplimiento de los estándares del foro en que se actúa y de aquél en que el abogado ejerce habitualmente. *Supra*, notas n.os 23 y 27.

legio. Evidentemente, es posible (aunque improbable) que las determinaciones relativas a privilegio legal y otros hubieran sido tratadas específicamente en la cláusula arbitral, o bien que se hubiera realizado una determinación inicial acerca de cómo o bajo qué Derecho decidir las cuestiones de privilegio (bien en el Acta de Misión, Primera Orden Procesal y otros documentos similares). De existir acuerdo respecto de normas específicas, éstas deberían observarse.

3. *Fairness and Equality* (equidad e igualdad) en el tratamiento de las partes

La aplicación del *closest connection rule* o de cualquier otro enfoque puede generar situaciones de desigualdad procesal para las partes. En el ejemplo con que se iniciaba este trabajo (párrafo 2), la empresa inglesa podría pedir y obtener las comunicaciones confidenciales de asesoramiento entre el abogado interno de la compañía francesa y los ejecutivos de dicha compañía (pues conforme al Derecho del lugar del centro de operaciones de la empresa gala, Francia, dichas comunicaciones no estarían protegidas), y al mismo tiempo negarse a proporcionar comunicaciones similares del abogado interno de la compañía inglesa con sus directivos (justificando que conforme al Derecho del centro de operaciones de la parte —la compañía inglesa que opera en Inglaterra— dichas comunicaciones están privilegiadas). Es por ello que existe una postura consolidada a favor de una aplicación «correctora» que restaure la centralidad de los principios esenciales del procedimiento en los casos en que pudiesen generarse desigualdades notables entre las partes.

El artículo 9 (3) (e) de las Reglas de la IBA recuerda tomar en consideración, a la hora de decidir sobre la aplicación de reclamos de privilegio o impedimento legal «la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes».[42]

No olvidemos que la inobservancia de los principios de igualdad de armas, contradicción y audiencia podrían constituirse en motivos de anulación y/o de no reconocimiento/ejecución del laudo en tanto que supongan grave contrariedad con el orden público de la sede o del foro de reconocimiento/ejecución.

Como mecanismos para asegurar la observancia de la equidad e igualdad entre las partes en la determinación de reclamos y oposiciones a la aplicación de privilegios

[42] La versión anterior (1999) de las Reglas de la IBA también recordaba la centralidad de estos principios en la determinación de cuestiones de privilegio al mencionar que se tomarán en cuenta «consideraciones de justicia o igualdad entre las partes que el tribunal arbitral considere de peso suficiente».

en materia probatoria se han planteado dos enfoques: el *least favoured privilege approach*[43] y el *most favoured privilege approach*.

La fórmula preferida es la segunda, ya que aumenta la previsibilidad (y, por tanto, la certeza jurídica) al aplicar a ambas partes el mínimo común denominador de protección de entre las normas aplicables a cada una de ellas.[44] Como crítica, se ha mencionado que puede fomentar cierto *forum shopping* al animar a las partes a contratar abogados de países con reglas más favorables (esto es, más protectoras) en cuanto a la solución de cuestiones de privilegio.[45] Por otra parte, el enfoque de la protección más favorable minimiza el riesgo de anulación del laudo por contradicción con el orden público.[46] Como ejemplos de instrumentos legales y *soft law* que siguen el enfoque de la «protección más favorable» podrían citarse: la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial (art. 11); la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (art. 12);[47] las Directrices para Árbitros sobre Intercambio de Información emitidas por el CIRD (Directriz n.º 7); o el Reglamento (CE) n.° 1206/2001 sobre práctica de prueba (art. 14.1);[48] así como decisiones de órganos judiciales en aplicación de estos instrumentos.[49]

4. Pérdida de privilegios por renuncia y otros

Las Reglas de la IBA de 2010 han mencionado específicamente las situaciones de pérdida de efectividad de privilegios probatorios «en virtud de consentimiento, re-

---

43 El *least-favoured rule approach* consistiría en aplicar a ambas partes la norma menos protectora de privilegio. Este enfoque permitiría, en la práctica, obtener más datos y más evidencia y, quizás, fijar más fácilmente los hechos, pero podría derivar en una afectación seria de las legítimas expectativas de las partes si asumimos que éstas esperaban ver aplicada en todo caso la norma con los vínculos más estrechos.

44 El *most-favoured rule approach* consiste en que una parte puede confiar en el estándar de protección de su jurisdicción en tanto en cuanto ése mismo estándar es aplicado a su contraparte y el privilegio no es invocado de mala fe.

45 Sin embargo, en la práctica, los abogados se seleccionan por otros muchos motivos más importantes: competencia, experiencia, etc.

46 BERGER, K.P. «Evidentiary Privileges under the revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration». *International Arbitration Law Review, Int. A.L.R. 2010, 13(5), 171-176*, p. 176. En el mismo sentido, *op. cit.*, COHEN, A.F. p. 424.

47 Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-37.html.

48 Reglamento (CE) n.° 1206/2001 del consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO L 174/1, de 27 de junio de 2001.

49 Existen, de hecho, decisiones de aplicación del enfoque del *most favoured privilege approach* por cortes estadounidenses en aplicación del Convenio de La Haya. Véanse, en este sentido: *Renfield Corp. vs. E. Remy Martin & Co. S. A.*, 98 F.R.D. 442 (D. del. 1982); la Resolución de 8 de agosto de 2002 en *Deman vs. Terrien*, 2002 WL 1824941 (Cal. App. 2 Dist. 2002); y la Resolución de 14 de junio de 2002 en *Jacobsn vs. Deutsche Bank*, 206 F. Supp. 2d 590 (S.D.N.Y. 2002).

velación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral o recomendación contenida en ella, o de cualquier otro modo»; (art. 9 (3) (d)).

Existen notables diferencias por países en lo que se refiere a «consentimiento, revelación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral». Así, en el caso de Suiza y Alemania, es el abogado quien puede invocar el privilegio[50] y existe discusión en el primero de ellos acerca de si el abogado puede negarse a revelar información confidencial que sea requerida en un proceso aún cuando el cliente haya prestado su consentimiento a la revelación (si el abogado considera que existen importantes razones de interés público que aconsejen no revelar la información, puede negarse a facilitarla).[51] En cambio, aplicando Derecho de los Estados Unidos o de Inglaterra, ciertas actitudes y comportamientos tanto de la parte como del abogado pueden ser consideradas como renuncia al privilegio. Por ejemplo, las cortes de Nueva York han señalado repetidamente que el testimonio de un abogado (o de una parte) sobre un hecho relativo al objeto del asesoramiento conlleva la renuncia al privilegio respecto de los temas relacionados con dicho testimonio.[52] Asimismo, la revelación no intencionada por el propio cliente de documentos o testimonios otrora confidenciales puede implicar la renuncia al resto de documentos o testimonios relacionados con aquél que, por error, se reveló.[53] Otro ejemplo es la prohibición del uso selectivo del privilegio, en virtud de la cual, el uso afirmativo por un litigante en el proceso de un documento o testimonio protegido por «privilegio» supone la renuncia a los documentos y/o testimonios relacionados con las materias confidenciales de que trate el mismo.

En estas circunstancias, más allá de intentar una perfecta identificación de la ley con arreglo a la cual determinar el alcance del consentimiento, renuncia, uso o

---

50 Berger, K.P. *Op. cit.*, (2006) p. 503.

51 Sindler, M. y T. Wüstemann. «Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?», (*2005) 23 ASA Bulletin 610*, nota al pie n.º 15.

52 *International Telegraph & Telegraph Corp.*, 60 F.R.D. 177 (M.D. Fla. 1973), at 185-186: «While Client does not waive the privilege by testifying generally in the cause or testifying as to facts which were subject of consultation with his attorney, if the client or his attorney as his insistence takes the stand and testifies to privileged communications in part this is a waiver as to the remainder of the privileged consultation or consultations about the same subject». Además, en la sentencia del caso *Grand Jury Proceedings*, 219 F. 3d 175, 182 (2d Cir. 2000): «A party cannot partially disclose privileged communications or affirmatively rely on privileged communications to support its claim or defense and then shield the underlying communications from scrutiny by the opposing party. (…) The client´s offer of his own or the attorney´s testimony as to specific communication to the attorney is a waiver as to all communications to the attorney on the same matter».

53 Tal es el caso en EE.UU. (Regla 502 (b) de las Reglas Federales de Prueba, Federal Rule of Evidence, 502 (2)(b)) si no se demuestra que se tomaron razonables medidas para evitar la revelación una vez ésta se produjo.

revelación anterior, la estrategia más razonable consiste en tener asimismo en cuenta el «contexto internacional» en que se producen los hechos y, por tanto, que las expectativas de las partes en cuanto a la afirmación del privilegio, la renuncia, el uso o revelación de la información o del documento no necesariamente tienen coinciden, de forma exacta, con aquéllas que serían aplicables en un contexto puramente doméstico. Adicionalmente, puede resultar recomendable, dentro de la autonomía de que gozan los árbitros, que éstos se aventuren a buscar alternativas (garantizando siempre el principio de audiencia y contradicción) presentando a las partes soluciones *ad-hoc* tales como la revisión *in camera* o por un tercero de documentos respecto de los que las partes disputen el carácter privilegiado, la renuncia o su alcance (*e.g.*, a todo un conjunto de documentos, a una parte, etc.).[54]

Por otro lado, los principios de equidad e igualdad deberían estar siempre presentes para corregir aquellas situaciones que deviniesen en desigualdad manifiesta de las partes por una mera aplicación automática de leyes nacionales sobre privilegio.

5. Privilegio relativo a negociaciones tendentes a una transacción

La capacidad de oponerse a la admisión como prueba en un procedimiento, de documentos y manifestaciones realizados en el curso de negociaciones tendentes a una transacción bajo apercibimiento de confidencialidad o reserva, es hoy en día un principio ampliamente reconocido a nivel internacional.

Se encuentra específicamente recogido, entre otros, en las Reglas de la IBA de 2010 (art. 9 (3) (d)), en el Reglamento ADR de la CCI (art. 7 (2)), las Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (art. 10), la Directiva Europea n.º 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (art. 7)[55] y la Ley Modelo de Mediación de Estados Unidos (art. 4).[56] Asimismo, tribunales arbitrales han aplicado dicho principio.[57]

---

[54] En este sentido, las propias Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010) establecen esta posibilidad en caso de que haya una objeción acerca del carácter privilegiado del documento.

[55] [2008] OJ L136/3, 7.

[56] *US Uniform Mediation Act (2001)* del *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

[57] El Tribunal de Irán-Estados Unidos de América reconoció expresamente como «una clara regla» la inadmisibilidad de materiales relativos a una negociación tendente a una transacción (*Iran and United States of America*, 1 C.T.R. 189, 190; *Mobil Oil Iran and Iran*, 16 C.T.R. 3, 55). Igualmente, en el laudo de la CCI n.º 6653 de 1993 el tribunal arbitral específicamente reconoció como un principio consolidado la imposibilidad de utilizar

Pese a su amplio reconocimiento, merece la pena señalar ciertas potenciales limitaciones. En primer lugar, puesto que el propósito último es favorecer, y no frustrar, los intentos sinceros de llegar a una transacción de la disputa, los objetos de protección son los documentos generados e intercambiados (y manifestaciones efectuadas) teniendo como fin llegar a dicha transacción. Los documentos e informaciones preexistentes que, independientemente de la transacción o mediación, hubieran sido empleados en el procedimiento contencioso, o aquéllos que no sean necesarios para la transacción, no devienen protegidos por el mero hecho de ser intercambiados por las partes en el seno de una negociación. No obstante, el lenguaje generalmente amplio tanto de las Reglas de la IBA como del resto de organismos e instituciones podría sugerir que tanto comunicaciones como documentos «preparados» para las negociaciones (aunque éstos últimos no hubieran sido entregados a la contraparte) estarían protegidos.

En otro orden, conviene tener presente que no en todas las jurisdicciones el mero hecho de embarcarse en negociaciones implica que las comunicaciones y documentos que han intervenido en dicha negociación tengan carácter privilegiado y por tanto se vea impedida su utilización como prueba contra el adversario en un proceso. Especialmente en la concepción más continental, en ausencia de un proceso formal de mediación o conciliación ante un tercero, o faltando un acuerdo de confidencialidad, los intercambios de información y manifestaciones ocurridos en una negociación informal podrían no estar protegidos.[58] En cambio, en jurisdicciones del *common law* existe una posición consolidada que considera «privilegiadas» las comunicaciones y manifestaciones realizadas con el apelativo «*without prejudice*»,[59] sin necesidad de un acuerdo formal de mediación o conciliación.[60]

---

como prueba en el proceso documentos relacionados con negociaciones tendentes a una transacción. El texto del laudo ICC n.º 6653 de 1993 se encuentra en Arnaldez, Derains y Hascher (eds.) «Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995» (1997), pp. 513-516.

58 *Op. cit.*, Heitzman, P., p. 211.

59 Mediante la inclusión de la mención «*without prejudice*» en una comunicación el emisor salvaguarda sus derechos respecto al contenido y el hecho del envío siempre y cuando la misiva refleje un verdadero intento u ofrecimiento de negociación y no incurra en fraude y/o sea utilizada de mala fe. La colocación de la frase «*without prejudice*» en un lugar destacado de una carta implica una reserva de derechos y puede traducirse por «sin que la presente comunicación y su contenido implique renuncia a reclamos, privilegios, derechos y sin que implique admisión de responsabilidad alguna respecto de los hechos y contenido de la comunicación». En esencia, el efecto de esta fórmula consiste en que la carta no pueda ser utilizada, en un proceso, como prueba de la posición adoptada por el emisor, que no pueda ser tomada como la última palabra del emisor en el asunto concreto y que no pueda ser usada como precedente.

60 *Barnetson vs. Framlington Group Ltdand another* [2007] EWCA Civ 502.

Debe tenerse en cuenta, además, que en algunos países (España,[61] Francia),[62] existe una fuerte presunción tendente a mantener que las comunicaciones entre abogados son confidenciales y por tanto no pueden ser aportadas al proceso o entregadas al propio cliente salvo autorización del abogado contrario. En cambio, en otras jurisdicciones europeas, únicamente cuando la correspondencia entre abogados se marca como «confidencial» o «reservada» se considerará ésta «no revelable» en proceso y «no oponible».[63] Ésta ha sido la opción recogida por el Código Deontológico de los Abogados Europeos (art. 5 (3) (1)).[64]

IV. Casos y ejemplos

1. Grupo de casos n.º 1.- El abogado interno en un arbitraje internacional

Ya se ha comentado la existencia de diferencias en cuanto a la consideración como confidenciales (y, por tanto, cubiertas por el secreto profesional), de las comunicaciones entre la propia compañía y su abogado interno relativas a asesoramiento jurídico.[65]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 14 de septiembre de 2010 (Akzo, C-550/07), ha mantenido que en el ámbito del Dere-

---

61 Arts. 5 (2), 5 (3) y 5(4) del Código Deontológico de la Abogacía Española. Puede consultarse, asimismo, el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 19 de julio de 2012: «Secreto profesional: Trascendencia deontológica», disponible en http://www.otrosi.net/article/acuerdo-de-junta-de-gobierno-sobre-secreto-profesional-transcedencia-deontol%C3%B3gica. No obstante, los arts. 5 (2), 5 (3) y 5(4) han de interpretarse de forma sistemática, unos con otros y con el resto de preceptos del Art. 5 y de otros textos —normativos— relativos al secreto profesional. Así, el mero envío de un abogado al abogado contrario, de notas, correspondencia y/o comunicaciones no determina que el objeto de las mismas devenga automáticamente confidencial y sujeto al secreto profesional. Sólo cuando de dicha comunicación se deduzca necesariamente un contexto de confidencialidad entre los abogados o un carácter de «negociación», podrán entenderse éstas no revelables o no oponibles, respectivamente. Una comunicación remitida por medio de un abogado al abogado de otra parte con intereses contrapuestos y en la que se afirma una postura o defiende un derecho (*e.g.*, se realiza una reclamación extrajudicial) no se realiza en un contexto de confidencialidad ni con un carácter de negociación, por lo que podrá ser revelable y oponible, salvo en la parte en que si incluyera una oferta de negociación.

62 HEITZMAN, P., *Op. cit.*, pp. 211-212.

63 *Ibid*.

64 El art. 5 (3) (1) del Código CCBE reza: «El Abogado que pretenda dirigir a un compañero de otro Estado miembro comunicaciones que desea que tengan carácter confidencial o reservado deberá expresarle su voluntad claramente antes de realizar tales comunicaciones».

65 Véase *supra* notas al pie n.ºs 13 y 14.

cho de la Competencia, las comunicaciones mantenidas en el seno de una empresa con un abogado interno (en este caso el abogado interno sí estaba colegiado y por tanto vinculado por un código deontológico y regulado) no están amparadas por la confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogados y, por tanto, dichas comunicaciones podían utilizarse como prueba en el proceso iniciado por la Comisión Europea para verificación de eventuales prácticas contrarias al Derecho de la Competencia.

No obstante, pese al reciente fallo del TJUE, que podría entenderse en las circunstancias y ámbito que le son propios (*e.g.*, ámbito de Derecho de la Competencia, contraposición de derechos y/o privilegios con los poderes de investigación de la Comisión Europea), en un arbitraje (anterior) administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya se decidió de forma diferente llegando a reconocerse la existencia y aplicación del secreto profesional y del privilegio abogado-cliente en un supuesto en que la comunicación relevante se produjo con un abogado interno.[66]

En la práctica, consideramos que en ausencia de circunstancias extraordinarias (especial interés en la administración de justicia, amenaza de fraude, etc.), el carácter confidencial de las comunicaciones entre la empresa y su abogado interno conducentes a la prestación de asesoramiento jurídico debe respetarse y quedar impedida, por tanto, su utilización como medio de prueba en arbitrajes internacionales salvo, por supuesto, renuncia o consentimiento, ya que concurren en dichas situaciones de comunicación las mismas razones que justifican *mutatis mutandis* preservar el secreto profesional del asesoramiento que proviene de un abogado externo. De ello se deduce igualmente que no todas las intervenciones o comunicaciones con el departamento legal de la empresa estarán protegidas por secreto o privilegio profesional, sino sólo aquéllas que supongan asesoramiento o consejo legal por parte del abogado interno.

En el ejemplo inicial (párrafo 2) en que la empresa inglesa pretendiese en el procedimiento arbitral obtener las comunicaciones confidenciales de asesoramiento entre el abogado interno de la compañía francesa y los ejecutivos de dicha compañía y al mismo tiempo se negase a proporcionar (en oposición a la solicitud posterior de la contraparte) comunicaciones similares del abogado interno de la compañía inglesa con sus directivos (justificando que conforme al Derecho inglés dichas comunicaciones están privilegiadas), los principios de equidad e igualdad deben imponerse adoptando el mismo enfoque para ambas partes. Esto es, bien afirmación del privilegio y ausencia de obligación de aportación de los documentos controvertidos,

---

[66] *Reineccius and others vs. Bank for International Settlements,* Procedural Order n.º 6 (2002), disponible en www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC.

bien imposibilidad de alegación de privilegio de buena fe y por tanto obligación de aportación documental.

2. Grupo de casos n.º 2.- Abogado continental testificando en favor de su cliente en un arbitraje con derecho aplicable el Derecho de Nueva York

En este apartado haremos referencia a un caso real y sobre él introduciremos variaciones provenientes de experiencias propias en supuestos parecidos.

Demandante y demandado, ambos no angloamericanos, se enfrentaban en un arbitraje con sede en Nueva York, derecho aplicable el Derecho de Nueva York y tribunal de cultura jurídica preponderantemente de *common law*.[67] En este contexto, el abogado continental que había asistido a una de las partes del arbitraje en la fase de negociación de un contrato de adquisición de determinados activos testificó en favor de dicho cliente en relación con las negociaciones que habían tenido lugar entre los contratantes que, a la sazón, eran las partes del arbitraje. La representación letrada de la contraparte solicitó la exhibición documental del informe de *due diligence* en que se había materializado el asesoramiento del abogado que testificó, argumentando que dicho informe trataba aspectos del testimonio presentado. El abogado declarante alegó tener absolutamente prohibido proporcionar dicha documentación por estar protegida por el secreto profesional.

La cuestión que tuvo que resolver el tribunal arbitral versaba, por tanto, acerca de la capacidad del abogado continental de hacer valer la prohibición o si, por el contrario, debía considerarse renunciado el privilegio (en virtud de la decisión del cliente de llamar al abogado a declarar sobre aquellos hechos o en virtud del testimonio efectivamente prestado).

Debe tenerse en cuenta que el Derecho de Nueva York aboga por una interpretación amplia de la renuncia al privilegio abogado-cliente cuando éste o aquél testifican sobre el objeto de dicho asesoramiento. Por tanto, en virtud de esta concepción, sería difícil oponerse a repreguntas o a la solicitud de aportación de documentos relativos al asesoramiento prestado cuando, previamente, una de las partes de la relación abogado-cliente, voluntariamente ha declarado sobre ciertos aspectos de la misma. Consideraciones de *fairness and equality* informan esta regla de renuncia amplia ya que resultaría manifiestamente injusto permitir el uso afirmativo de la relación abogado-cliente (es decir, como mecanismo de ataque) a la vez que como «escudo»,

[67] El presente ejemplo está preparado sobre la base de un supuesto práctico proporcionado por HEITZMAN (*Op. cit.*, HEITZMAN, en pp. 228-229).

impidiendo a la parte que se ve perjudicada por dicha declaración indagar o defenderse de las consecuencias de la misma.

En el supuesto real a que nos referimos el tribunal arbitral preguntó a la parte que había presentado el testimonio si estaría dispuesta a aportar el informe de *due diligence*. Ésta aceptó presentar el informe (no así el propio abogado declarante, que se negó a ello). El tribunal decidió, una vez revisado del documento *in camera,* ordenar su aportación al proceso previa eliminación o exclusión de aquellas secciones que contenían el asesoramiento jurídico. Las partes no protestaron ante esta solución.

En un contexto parecido, el abogado que había asistido a la parte demandante en un proceso de compraventa presentó una declaración por escrito, exclusivamente para desmentir una alegación fáctica de la contraparte que aludía específicamente a la intervención de dicho abogado en las negociaciones encaminadas a suscribir el contrato de compraventa. La actora solicitó que si dicha declaración no se retiraba y el abogado comparecía finalmente para ratificar su testimonio y ser interrogado, debía entenderse, por tanto, renunciado el privilegio abogado-cliente sobre cualquier aspecto relacionado con la intervención del abogado en los hechos, incluyendo el asesoramiento prestado.[68]

El colegio arbitral admitió en dicho caso la declaración y la posterior comparecencia del abogado en cuestión, limitando el alcance de las preguntas y repreguntas a lo declarado por éste. El tribunal tuvo en especial consideración que el abogado no había declarado *inicialmente*, sino que únicamente lo había hecho, según justificaba en su declaración, movido por la necesidad de aclarar una información que a su juicio era falsa, acerca el alcance de su intervención en el proceso de compraventa. Además, el abogado había especificado en su testimonio escrito y en la comparecencia que, fuera de dicha declaración limitada, no tenía la intención de renunciar al privilegio inherente a los demás aspectos relativos a su intervención como asesor en la transacción subyacente.

Así, la declaración del abogado se había planteado únicamente como consecuencia de la increpación fáctica concreta realizada de adverso. Difícilmente tenía el abogado de la demandante otro modo de desmentir al contrario. Por otra parte, la declaración escrita limitaba perfectamente el ámbito del testimonio a los escuetos y precisos hechos alegados por la parte contraria y expresamente efectuaba reserva del privilegio abogado-cliente acerca de todos aquellos aspectos no específicamente referidos en el testimonio. En estas circunstancias, la postura defendida por la demandada fracasó.

---

[68] En este caso, la sede también era Nueva York y el derecho aplicable el Derecho de Nueva York.

Al igual que en el primer ejemplo el testigo no podía utilizar la relación abogado-cliente como «escudo», este caso también refleja que los tribunales son flexibles a la hora de hallar soluciones que efectivamente impidan utilizar el instituto del privilegio como «espada» que permitiese manifestar declaraciones o juicios sobre la intervención de un letrado, con la intención de que dichas declaraciones no pudieran ser impugnadas por el abogado involucrado ante un temor de que con ello se entendiese renunciado el privilegio legal que protege la relación abogado-cliente.

Consideramos que la solución del colegio arbitral en ambos casos fue correcta. No cabe, en un contexto internacional, imponer reglas marcadamente domésticas y rigoristas. Debe realizarse un análisis más profundo, indagando en el objeto del testimonio y comparando los intereses en juego y las posiciones de las partes para preservar los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de armas.

En un supuesto distinto, la intervención del abogado interno como testigo en el procedimiento pude dar lugar a variadas soluciones. En primer lugar, deberá analizarse si el objeto de su declaración son hechos en los que el declarante intervino en su calidad de abogado o en otra distinta. Si su testimonio se refiere a actividades que desempeñó en una capacidad distinta a la de asesor legal (por ejemplo, como directivo y/o miembro del Órgano de Administración, o como *lobbist*, y que no implicaban la prestación de asistencia legal), no debe existir problema en permitir la declaración. Igualmente, no podría oponerse dicho abogado a declarar escudándose en el secreto profesional si el objeto del testimonio que se solicita se limita a su intervención en una faceta distinta de la de abogado. Esta situación es acorde con la práctica internacional y también ha recibido respaldo en los EE.UU.[69]

En esencia, citamos a continuación las principales recomendaciones prácticas en cuanto al empleo en el proceso de declaraciones de abogados o documentación intercambiada entre éste y su cliente: (i) debe evitarse el recurso a la declaración de los abogados o al uso de comunicaciones de éstos con el cliente, de cualquier naturaleza, para reducir el riesgo de que cualquiera de éstos o aquéllos puedan reputarse conducentes al asesoramiento legal; (ii) cuando sea necesario recurrir al abogado o a materiales intercambiados con él, conviene llevar a cabo

[69] Así, por ejemplo, en el caso *Tailored Lighting Inc. vs. Osram Sylvania Products Inc., 2009 WL 367584 (W.D.N.Y. feb. 2009)*, en la fase de *pre-trial discovery*, se permitió la toma de declaración o *deposition* del abogado interno en materias relativas a asesoramiento comercial y no legal. El Juzgador, no obstante, fue cauto y reconoció el enfoque restrictivo que debía adoptarse ante peticiones de declaración del abogado de la contraparte ya que aun versando sobre cuestiones no protegidas por el privilegio abogado-cliente, existía no obstante un riesgo evidente de irrumpir en materias confidenciales que involuntariamente, por un desliz en la declaración, pudieran perder tal carácter.

previamente una investigación concienzuda de todo aquello relacionado con el objeto de potencial revelación y analizar los riesgos asociados; (iii) asegurarse de revelar lo estrictamente necesario, acotando restrictivamente y con precisión, el objeto de revelación; (iv) en el caso precedente, determinar si es el objeto de revelación es materia protegida o no (no será materia protegida si no se refiere a la sustancia del asesoramiento legal), efectuando, en todo caso, reserva de cualesquiera privilegios relativos a materias no reveladas; (v) en relación con lo anterior, una definición precisa del objeto de revelación es siempre preferible a una definición amplia, ya que evitará el éxito de ulteriores pretensiones de extensión del ámbito de la renuncia.

3. Grupo de casos n.º 3.- (i) Información (confidencial) obtenida por abogado en el curso de negociaciones de transacción; (ii) información (confidencial) obtenida por abogado al asesorar previamente a ambos litigantes; (iii) confidencias de un testigo obtenidas por abogado en un procedimiento anterior

Consideremos el siguiente supuesto. El abogado Mateo representa a dos clientes, A y B, que mantienen una controversia contra C. A decide tratar de resolver la disputa acudiendo a un procedimiento de mediación con C, que acuerda intentar la mediación. B decide no participar en la mediación y anuncia que en su momento interpondrá y seguirá un procedimiento de arbitraje contra C. Finalmente, A y C llegan a un acuerdo de transacción. Por su parte, B, representado por Mateo, inicia un procedimiento arbitral frente a C.

En el curso del procedimiento de mediación, el abogado Mateo que asistía a A, obtuvo información confidencial de C. Igualmente, C, en el curso del procedimiento de mediación, obtuvo información confidencial de A (y, presumiblemente, información confidencial, potencialmente predicable de B).

C alega que el abogado de B, Mateo, debe retirarse del caso dado que ha conocido datos confidenciales en el curso de la mediación. B (a través de Mateo) alega: (1) no haber obtenido información confidencial relativa a C en el curso de la mediación; (2) que en cualquier caso ésta no sería utilizada en el procedimiento arbitral dado que A y C firmaron un acuerdo de confidencialidad al embarcarse en la mediación (el acuerdo de confidencialidad vinculaba también a los abogados de las partes); y (3) que subsidiariamente, si se estimara que Mateo debía retirarse del caso, entonces el abogado de C (que participó en la mediación con A) debía retirarse también.

¿Pueden los abogados que representaron a las partes en la mediación (Mateo, por parte de A, ahora representando a B en la negociación) y, asimismo, el abogado de C, representar respectivamente a B y C en el arbitraje?

En un caso de Nueva Zelanda[70] (con cita de otro caso canadiense)[71] el órgano judicial razonó que el abogado que representaba a un cliente en la mediación no podía representar a otro cliente en un arbitraje paralelo frente al mismo demandado, dada la imposibilidad de dividir en compartimentos estancos la mente del abogado y aislar en ella, por un lado, informaciones o argumentos conocidos en el curso de la mediación (los cuales, por tanto, eran confidenciales) y, por otro, las alegaciones necesarias para representar al otro cliente en el proceso arbitral frente a la misma contraparte de la mediación. El juzgador consideraba que no había forma de garantizar la eliminación del riesgo de una futura violación del deber de confidencialidad accidental o involuntario.

Las obligaciones de secreto profesional y confidencialidad pueden ser, como éste y otros casos atestiguan, fuente de controversias relativas a la exclusión o no del procedimiento, de los abogados que representan a las partes.

Así, en otro arbitraje CCI[72] se planteó una situación de potencial conflicto de intereses. La disputa enfrentaba a una compañía mexicana y a una empresa alemana que formaban una *joint venture* en México para llevar a cabo un proyecto de construcción. Dicha *joint venture* había estado asesorada, en sus relaciones con terceros, por dos abogados (mejicano y neerlandés), nombrados respectivamente por las partes que formaban la *joint venture* y que posteriormente se enfrentaron en el arbitraje.

La demandada solicitó al tribunal arbitral que ordenara la exclusión del procedimiento del abogado mexicano interno que representaba a la demandante en el arbitraje, argumentando que existía un conflicto de intereses dado que, en su otrora calidad de asesor común, dicho abogado había accedido a información confidencial de la parte demandada y potencialmente perjudicial para sus intereses.

En primer lugar, el tribunal arbitral decidió que no tenía competencia para excluir al abogado del procedimiento. Tras un exhaustivo análisis de derecho comparado y precedentes en otras jurisdicciones (especialmente, jurisdicciones norteamericanas en las que con mayor frecuencia se planteaban peticiones de remoción de letrados), el Colegio Arbitral concluyó que no tenía competencia para decidir acerca de la exclusión del abogado, ya que ésta era una cuestión que excedía de sus facultades de ordenación del procedimiento. De hecho, existen precedentes de otros casos en los que las partes, en lugar de solicitar en el propio arbitraje la exclusión del abogado, han acudido a las cortes de la sede del arbitraje o, más comúnmente, al organismo

---

70 *Carter Holt Harvey Forests Ltd vs. Sunnez Logging Ltd*. [2001] 3 NZLR 343.

71 Supreme Court of Canada in *MacDonald Estate vs. Martin* (1990) 77 DLR (4th) 249 at p. 267.

72 Supuesto basado en una experiencia de nuestro grupo de práctica profesional.

disciplinario o asociación profesional a la que se adscribe el letrado en cuestión (*e.g.*, Colegio de Abogados).

No obstante, en aquel caso el tribunal arbitral consideró oportuno manifestarse, *obiter*, declarando que de haber tenido competencia para decidir acerca de la exclusión solicitada, habría resuelto no destituir al abogado, ya que según motivó detalladamente, no existía una amenaza de revelación de informaciones privilegiadas y/o de vulneración del secreto profesional que justificara privar a una de las partes (en este caso, a la demandante), del abogado que había elegido como primera opción.

El Colegio Arbitral razonó que ambos abogados, mejicano y neerlandés, se encontraban en la misma situación. Además, tras analizar la información concreta a la que el letrado mejicano había podido acceder con ocasión de su labor de asesoramiento común a las partes y compararla con el objeto y los hechos debatidos en el arbitraje, consideró que no existía un riesgo apreciable de utilización de información en perjuicio de la demandada, ya que ésta ni siquiera había identificado cómo la información a la que había accedido el abogado mejicano podría perjudicarle o en qué manera ésta era relevante.

En su decisión, el tribunal arbitral tuvo muy presente la necesidad de garantizar un tratamiento equitativo y realizó una comparación de los distintos intereses de las partes. Entendió que la exclusión del abogado sería en todo caso un remedio extremo que, en caso de haber tenido competencia para ello, sólo podría decretarse en circunstancias de especial necesidad (notablemente, para preservar la igualdad de las partes en el procedimiento) que, a su juicio, no concurrían en el presente caso. De hecho, la exclusión del abogado sí generaría un desequilibrio y supondría desconocer el principio de igualdad que ha de presidir el proceso ya que *de facto* permitiría a una de las partes (la demandada, cuyo letrado se encontraría en una situación similar) seguir disfrutando de su primera opción de defensa en el procedimiento (el abogado neerlandés), mientras que la demandante se vería, a medio camino del proceso, privada de su primera opción de defensa (el abogado mejicano) teniendo que contentarse con segundas alternativas (previsiblemente, menos capaces y eficaces para el caso concreto).

En un supuesto distinto, un abogado colegiado en París obtuvo confidencias de un testigo ajeno a las partes de un arbitraje (es decir, de un tercero) durante las reuniones de evaluación de la posibilidad de citación del testigo, bajo el argumento de necesitar, dicho letrado, conocer las debilidades de la postura de su cliente. Posteriormente, el abogado francés dirigió un ulterior arbitraje (con sede en Tokio) contra el empleador del testigo tercero con quién se había entrevistado para el anterior procedimiento.[73]

[73] El presente caso fue reportado por Heitzman (*Op. cit.*, Heitzman, en pp. 234-235).

En este caso no sólo estaba en juego la preservación de las informaciones que, en un contexto de confidencialidad, habían sido reveladas por el testigo tercero al abogado (confidencias que, lógicamente, no habían salido a la luz en el primer arbitraje), sino también la propia capacidad del abogado para representar a su cliente en una acción contra una parte tan íntimamente conectada con dicho testigo como para que existiera un riesgo apreciable de utilización, en el segundo arbitraje, de la información obtenida en confidencia en el primero.

Ante estas circunstancias, la contraparte del segundo arbitraje, en lugar de pedir la exclusión del letrado ante el Tribunal Arbitral, solicitó una opinión a la Comisión de Ética Profesional del Colegio de Abogados de París acerca de la exclusión del letrado, basándose, entre otras razones, en la violación del secreto profesional que entrañaría la actuación de dicho letrado.[74] Esta institución dictaminó que el abogado había infringido el «principio de discreción o delicadeza» (*principe de délicatesse*), máxima esencial que debía regir cualquier actuación de los letrados de dicha organización.

Con independencia de que en otras jurisdicciones (*e.g.*, algunos ejemplos en Estados Unidos)[75] la información que terceros testigos aportan al abogado para la mejor defensa de su cliente sea generalmente confidencial y deba considerarse protegida y no revelable hasta que el testigo lo autorice, el supuesto real expuesto demuestra la existencia de principios rectores que, sin constituir reglas detalladas de actuación, permiten resolver eficazmente situaciones que se pueden presentan en la práctica.

No obstante, conviene matizar que no toda la información relacionada con la entrevista de un abogado con terceros testigos será, *per se*, necesariamente confidencial (*e.g.*, el hecho de la existencia de dichas conversaciones, o el dato de que éstas versen acerca de la mera posibilidad de existencia o no de pruebas, o de la predisposición del testigo a declarar, etc.).

4. Caso n.º 4.- Revelación no conocida o voluntaria de documento supuestamente confidencial. Interés en la administración de justicia

En un arbitraje entre un demandante (C) del este de Europa y un demandado (R) del sur de dicho continente, el primero aportó al proceso dos cartas remitidas por el abo-

---

[74] El abogado alegó, sin embargo, que el secreto profesional protegía las confidencias entre abogado y cliente, pero no las confidencias de terceros, debiendo ser por tanto éstos, responsables de asumir las consecuencias de proporcionar cualquier información que facilitaran.

[75] Dictamen n.° 213 de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados de Washington (1990).

gado de R a su cliente.[76] La representación letrada de R en el arbitraje (educada en la tradición jurídica anglosajona) se opuso a la admisión de tales documentos alegando que se trataba de comunicaciones protegidas conforme al privilegio abogado cliente y que en todo caso la admisión de documentos obtenidos de manera ilegal vulneraría las garantías de un proceso justo (*due process*).

Tras analizar el caso y concluir que era imposible determinar cómo se habían conseguido dichos documentos,[77] el tribunal arbitral acabó admitiendo las cartas como medio de prueba, argumentando «según los principios generarles desarrollados en los sistemas de *civil law* y arbitrajes tramitados conforme a dichos sistemas, principios generales de *disclosure*, garantías procesales y estándares generales de equidad aplicables en arbitrajes comerciales internacionales».[78]

Varios elementos fueron considerados. En primer lugar, se adujo que, a diferencia del proceso penal, en el que el riesgo de abuso de los poderes públicos en la obtención ilícita de pruebas justifica la exclusión de aquéllas que no se demuestren lícitamente obtenidas, en los procedimientos civiles no existe tal riesgo y las partes son, por tanto, consideradas como iguales, sin exigirse una especial protección.

Por otra parte, el tribunal razonó que al no tener el demandante a su disposición los mecanismos de *disclosure* típicos del procedimiento de *common law*, no cabía cercenar, en las circunstancias de aquel supuesto, su capacidad de aportar al proceso documentos relevantes, ya que la carga de la prueba de los hechos en los que el demandante fundaba su pretensión recaía únicamente sobre éste y, de inadmitirse los documentos, podía impedirse la capacidad de hacer valer su derecho.

El definitiva, el tribunal resolvió que en casos como aquel debía realizarse una comparación de los intereses en juego, esto es, entre desoír el principio de confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente o el interés de resolver los asuntos conforme a la verdad y de administrar justicia. Debía valorarse asimismo la aparente-

---

[76] Las referencias básicas de este caso, preservando la debida confidencialidad, han sido ofrecidas por los siguientes autores: Meyer-Hauser, B.F. «Attorney secrecy vs attorney-client privilege in international commercial arbitration», (2007) *Arbitration, 73(2),* 148-188*;* y *Op. cit.* Heitzman, P., pp. 235-236.

[77] El demandante alegó que dichos documentos no habían sido adquiridos de manera ilegal, pero tampoco fue capaz de explicar cómo fueron obtenidos, más allá de manifestar que los mismos llegaron por correo sin remitente conocido. *Op. cit.*, Meyer-Hauser, p. 169.

[78] El tribunal consideró que, al margen de la educación legal de la representación legal de una de las partes, el resto de conexiones apuntaban a sistemas de derecho civil. *Op. cit.*, Meyer-Hauser, p. 170.

mente deleznable acción de aportar un documento supuestamente privilegiado y la, también aparentemente deleznable, acción de ocultar información relevante. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta además que no se había llegado a probar que la parte que aportaba el documento lo hubiera obtenido de forma ilegal, el tribunal entendió que el interés de resolver la disputa con arreglo a la verdad superaba aquel tendente a la protección del supuesto privilegio (el cual no se había probado que persistiera, puesto que los documentos estaban en posesión de la contraparte).

V. Otros privilegios

Por último, simplemente mencionar la existencia de otros impedimentos legales o privilegios que son reconocidos[79] y aplicados en arbitraje internacional. Tal es el caso de los secretos comerciales o técnicos, e informaciones de especial sensibilidad política relacionados con seguridad o defensa nacionales.[80]

VI. Conclusión

La **ausencia de un texto normativo detallado y armonizado** no es necesariamente un inconveniente. La **razonabilidad, la flexibilidad y la centralidad del principio de igualdad de armas** que debe regir el proceso pueden servir de guía a los tribunales arbitrales a la hora de decidir (y a las partes a la hora de argumentar) en las potenciales controversias sobre aplicación de privilegios que se presenten en el curso del procedimiento. En este ejercicio de determinación hay que tener en cuenta al menos dos aspectos: por un lado, la orientación a preservar la **ejecutabilidad del laudo** (fundamentalmente, asegurando el respeto a los principios esenciales del procedimiento, tales como audiencia o contradicción e igualdad de armas); y, por otro, proteger las expectativas razonables de las partes al acudir a un arbitraje internacional conforme a la teoría de la **deslocalización**, minimizando así la influencia del Derecho procedimental de un determinado foro sobre la tramitación del proceso.[81]

A través de los principios-guía esbozados puede alcanzarse una solución justa que garantice la eficacia del laudo.

---

79 Art. 9.2 (e) y (f) de las Reglas de la IBA.

80 *Pope & Talbot Inc. vs. The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA).* Decisión del 6 de septiembre de 2000*; y ADF Group Inc. vs. United States of America* ICSID Case n.° ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Laudo de 9 de enero de 2003, párrafo 38. Ambos disponibles en http://italaw.com/alphabetical_list.htm.

81 MEYER, *Op. cit.*, p. 367.

El derecho a la prueba. Retos y problemas desde un enfoque europeo y comparado

Franz Stirnimann Fuentes
Carolina Romero Acevedo

«*Si es un Milagro, cualquier tipo de evidencia será suficiente, pero si es un Hecho, hacen falta pruebas*». (Mark Twain)

Sumario: I. Introducción.— II. Diferentes conceptos en cuanto a la ley aplicable al derecho y el fardo de la prueba.— a. Sistema inquisitivo versus sistema «adversarial».— b. Prueba de la ley.— c. Derecho sustancial versus derecho procesal.— d. Carga de la prueba.— e. Estándar de prueba.— III. Acercamiento de culturas jurídicas y flexibilidad probatoria en el arbitraje internacional.— a. Determinación de la práctica probatoria por las partes o discrecionalidad de los árbitros para reglamentarla.— b. Reglas de la IBA (*International Bar Association*).— IV. Admisibilidad probatoria.— V. Tipos de prueba.— a. La prueba documental.— b. La prueba testimonial y pericial.— VI. Negativa de las partes para presentar las pruebas decretadas por el tribunal.— a. Inferencias adversas e inversión de la carga de la prueba.— b. Asistencia de cortes nacionales.— VII. Prueba obtenida ilegalmente.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

El derecho a la prueba ha sido un tema que ha ocupado un papel preponderante en la historia a través de los siglos, partiendo de la antigüedad donde la prueba se fundamentaba en la retórica y el empirismo de las impresiones personales, pasando por las épocas oscuras de los *juicios de Dios* en que se imponían condenas absurdas basadas en la creencia de una intervención Divina, hasta llegar al estado de derecho moderno en donde los juicios giran en torno a la prueba legal de los hechos alegados por las partes con el fin de alcanzar la condena, o absolución deseada. Así, la prueba es entendida como el medio o procedimiento legal que sirve para demostrar la verdad

de una proposición o la realidad de un hecho y tiene un rol central en el proceso jurídico, pues con ella se busca la convicción del juzgador acerca de los hechos, debatidos y debatibles, cuya demostración resulte necesaria para la resolución del conflicto sometido a proceso.

La concepción, práctica y valoración de la prueba dentro de los procesos judiciales varía de acuerdo al sistema jurídico del que se trate, por lo cual su regulación es distinta en los procesos enmarcados dentro de la tradición civilista o derecho romanístico, propios de la Europa Continental y países latinoamericanos, que en aquellos que siguen la tradición consuetudinaria o del *common law*, practicada en los países de habla y tradición anglosajona.

En el arbitraje internacional el campo de las pruebas es bastante amplio y flexible, sin que exista una regulación exclusiva y expresa, lo cual permite que las mismas partes o árbitros elijan el procedimiento más adecuado al caso objeto de litigio, atendiendo a sus costumbres y expectativas. Debido a su carácter transnacional, el arbitraje internacional es un escenario en el que confluyen distintas culturas jurídicas, por lo que es bastante habitual que se encuentren partes, abogados y árbitros de diferentes jurisdicciones, generándose una confrontación entre las distintas tradiciones jurídicas, especialmente la del *civil law* y el *common law*. En búsqueda de una armonización, se han desarrollado algunas herramientas que tienen como propósito sintetizar la práctica probatoria en este ámbito,[1] combinando los mejores elementos de ambos sistemas y haciendo así de la práctica arbitral un campo en constante moción y desarrollo, abierto a la flexibilidad y a la permanente evolución.

Dentro de este ámbito del arbitraje internacional, la aplicación de los principios generales de derecho probatorio constituye un cimiento de todo procedimiento, y su determinación es trascendental en la medida en que de esto depende que la actividad probatoria desarrollada dentro del proceso tenga un sustento cierto que permita a las partes actuar en igualdad de condiciones y dentro de un marco de justicia, eficiencia, transparencia y seguridad. Las directrices que gobiernan el derecho probatorio constituyen concreciones de las garantías fundamentales aplicables al proceso y tienen como objetivo la búsqueda de la verdad a través de la determinación de los hechos controvertidos con base en la prueba producida por las partes.

---

1 *Ver* Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional («Reglas IBA»; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Directrices para Árbitros emitidas por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas «CIRDI» sobre Intercambio de Información).

En virtud del carácter híbrido del arbitraje internacional, no en pocas ocasiones surgen conflictos con respecto a los principios generales a aplicar en materia probatoria, en asuntos tales como la carga y el estándar de la prueba, cuándo es procedente la inversión de la carga probatoria, la admisibilidad y valoración de la prueba, etc., cuestiones éstas que influyen tanto en la manera en que el caso es presentado por los abogados de las partes, como en la determinación por parte del tribunal arbitral de los asuntos jurídicos que conllevan a la expedición de su laudo.[2] Ninguna de las normas de países europeos en materia de arbitraje internacional, salvo la ley de arbitraje inglesa,[3] especifican reglas sobre el derecho de la prueba, particularmente sobre la carga, inversión de la carga y admisibilidad de prueba.[4] ¿Cómo se puede, entonces, en ausencia de expresa estipulación de las partes, conocer cuáles son los principios generales y las reglas aplicables en materia probatoria dentro de un proceso arbitral?

El presente trabajo busca analizar algunos de estos problemas que surgen en materia de derecho probatorio en el marco del arbitraje internacional, particularmente en Europa, examinando la influencia que las diferencias jurídico-culturales que existen en Europa tienen dentro del proceso arbitral, y los esfuerzos de armonización que se han realizado en este campo. Así, se examinarán los diferentes conceptos existentes en cuanto a la ley aplicable y el fardo de la prueba, resaltando las discrepancias entre los distintos sistemas legales que confluyen en Europa y haciendo un paralelo con la flexibilidad probatoria y el acercamiento de culturas que se ha logrado en el arbitraje internacional. Se estudiarán también los principales tipos de prueba que se ofrecen en el arbitraje internacional, analizándolos según son practicados en la Europa Continental frente a la Europa anglosajona, haciendo hincapié en la armonización de prácticas alcanzada en el arbitraje internacional.

La meta del artículo es mostrar cómo el arbitraje internacional ha ejercido un papel fundamental como promotor de la armonización de diferentes culturas, visiones y tradiciones legales y procesales en Europa.

---

2 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application. En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 272.

3 Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, art. 34.

4 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application. En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 273.

II. Diferentes conceptos en cuanto a la ley aplicable al derecho y el fardo de la prueba

La cuestión que se plantea en cada arbitraje internacional es cómo los hechos materiales del caso, respecto de los cuales dependen los asuntos a decidirse, serán considerados probados por el tribunal arbitral. Es la forma de producción de dicha prueba, su admisibilidad, la pertinencia y la importancia de la misma la que determina tanto la conducta como el resultado del arbitraje.

Debido a que no existe una regulación única y obligatoria reglamentando la práctica probatoria en el proceso arbitral internacional, y a pesar de los esfuerzos de armonización realizados, la experiencia enseña que las diferencias culturales siguen estando incrustadas dentro de los procesos arbitrales, derivadas de las prácticas generalmente aceptadas y reconocidas en ciertas partes del mundo, y especialmente del antecedente jurídico, la cultura y los valores de los árbitros y los abogados de las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederán a examinar las principales diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de derecho civilista o continental europeo y de derecho consuetudinario anglosajón o de *common law*, y la manera en que éstas se reflejan y repercuten en la práctica probatoria dentro del arbitraje internacional en Europa.

a. Sistema inquisitivo versus sistema «adversarial»

La principal distinción que habitualmente se hace del derecho de tradición civil respecto del consuetudinario anglosajón es la de categorizar al primero como un sistema inquisitivo y al segundo como adversarial. La práctica jurídica de la Europa Continental responde primordialmente a la lógica inquisitiva, en la que se le atribuye al juez, y no a las partes, un rol primordial en el curso del proceso. Así, en este sistema el juez toma la iniciativa de establecer tanto los hechos como el derecho, y el rol de las partes se limita a colaborarle al juzgador en esta tarea; de este modo, el juzgador asume la función de investigar de oficio los hechos y llegar a la verdad, limitado por el criterio de valoración legal. Un claro ejemplo de esto se encuentra reflejado en el Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC) francés que consagra: «el juez tiene la potestad de ordenar, de oficio, cualquier medida de investigación legalmente admisible».[5] Igualmente, en Alemania y los países vecinos de la Europa Continental, el derecho procesal está basado en la idea que es más sencillo llegar a la verdad si al

[5] Ver NCPC de Francia, art. 10, citado por Teresa Giovannini, «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2nd Ed. 2010), p. 500.

juez se le otorga un papel más fuerte dentro del proceso: él debe estar facultado, y de hecho obligado, a cuestionar, informar, animar y asesorar a las partes, abogados y testigos, con el fin de obtener una historia clara y completa de éstos, que no esté sujeta, en la medida de lo posible, a inconsistencias y ambigüedades, y a contrarrestar cualquier error cometido por las partes o sus abogados, producto de su negligencia o falta de experiencia.[6]

Este mismo principio ha sido descrito en relación con los tribunales arbitrales internacionales, los cuales, por regla general, no se contentan con justificar sus decisiones simplemente en la falencia de una parte de satisfacer su carga probatoria. En la práctica, si una parte deja de allegar prueba suficiente para fundamentar su caso, los tribunales arbitrales ejercen la discrecionalidad que les ha sido atribuida para solicitar prueba adicional de cualquiera de las partes, o pueden incluso nombrar un experto para que efectúe las indagaciones adecuadas, o proceder a investigar el caso por sí mismos.[7] Sin embargo, esta discrecionalidad no puede llegar al punto tal que sea el tribunal arbitral el llamado a recoger la evidencia de manera independiente, sin participación de las partes, pues esto superaría la autoridad del tribunal.[8] Es por esta razón que ciertos autores han sostenido que el arbitraje internacional no puede funcionar como un sistema inquisitivo, por cuanto los tribunales arbitrales no tienen la autoridad o las herramientas suficientes para llevar a cabo, por sí mismos, su propia investigación de los hechos, razón por la que, por necesidad, deben depender de las partes para reunir y allegar la prueba.[9]

En la práctica, este enfoque inquisitivo se puede ver reflejado, por ejemplo, en la regulación de la instrucción de la causa según el nuevo, igual que el antiguo, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), en virtud del cual el tribunal arbitral podrá oír de oficio a las partes cuando lo estime pertinente, y

---

6 Zweigert, Konrad & Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1992, 2nd Edition, pp. 282-83.

7 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En I*nternational Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 275, citando a Sandifer D., Evidence Before International Tribunals, University Press of Virginia, 1975, revised edition, p. 131.

8 Von Mehren, Robert B. «Burden of Proof in International Arbitration». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. ICCA Congress Series, 1994, Vienna (Albert Jan van den Berg (ed.). Kluwer Law International 1996), vol. 7, pp. 123-130, p. 1.

9 Ver, por ejemplo, Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 275, citando a Von Mehren.

en todo momento podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.[10]

Por su lado, la esencia del sistema «*adversarial*» anglo-sajón es que el juez atiende y escucha los argumentos y las pruebas presentadas por las partes y decide entre éstas; él no realiza por sí solo averiguaciones respecto de los hechos, ni adopta conclusiones de hecho no propuestas por las partes, ni propone argumentos o asume conclusiones de derecho distintas de aquéllas que las partes le hayan presentado.[11] El juzgador tiene, entonces, una posición totalmente imparcial frente a los ojos de las partes y son éstas las que juegan un rol activo fundamental presentando el caso de manera diligente, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, y solicitando al juzgador que adopte, frente a los argumentos elevados por éstas, el que considere el mejor. El juzgador no puede entonces adoptar su propia teoría fáctica ni jurídica, sino debe escoger entre aquéllas expuestas por las partes.

Lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la ley de arbitraje inglesa que expresamente le otorga amplia discrecionalidad a las partes para que decidan cuáles serán las facultades del tribunal arbitral dentro del procedimiento, y estipula que el tribunal arbitral debe decidir el caso de conformidad con las leyes y demás consideraciones adoptadas por éstas.[12]

El papel más activo que las partes tienen en el procedimiento ante las cortes inglesas frente al sistema continental, se ve reflejado también en las etapas en que el proceso se desarrolla y en la manera en que es practicada la prueba, como por ejemplo, como se explicará más adelante, en la amplitud probatoria permitida, la participación de los abogados de las partes en la preparación de los testigos y la interrogación y contra-interrogación de los mismos, y en la importancia de la audiencia oral en la que los abogados sacan a relucir sus mejores habilidades oratorias para presentar el caso en su totalidad, ante los ojos del juez y del jurado.[13]

A nivel de arbitraje internacional, la tradición del *common law* se ve reflejada en que su práctica es ahora más contenciosa o «adversarial», habiéndose adoptado de

---

10 Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 25(4); *ver también* antiguo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 20(5).

11 Lord Staughyon, *Common Law* and Civil Law Procedures: Which Is The More Inquisitorial? *A Common lawyer's Response*, 5 Arb. Int. 352 (1989).

12 Ley de Arbitraje Inglesa, arts. 34, 35, 38 y 46.

13 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 885.

manera general ciertos métodos probatorios, como por ejemplo la interrogación y contra-interrogación de los testigos y la amplia producción documental.[14]

b. Prueba de la ley

Otra de las notables diferencias entre la tradición civilista y la tradición anglosajona tiene que ver con la prueba de la ley, especialmente la ley extranjera. Ésta responde a la dicotomía existente entre si ésta debe ser tratada como un asunto de hecho y por ende, se requiere que sea probada por las partes como si fuera tal, o como un asunto de derecho, siendo el juez el llamado a determinarla.

El sistema continental europeo se rige por la máxima latina *da mihi factum et tibi dabo jus-jura novit curia*. La primera máxima ilustra la distribución de responsabilidades entre las partes y el juzgador; el deber de la parte es fundamentar su caso en la alegación y prueba de los hechos. Así, con base en los hechos probados por las partes, el juez toma una decisión basada en derecho. El juzgador tiene, entonces, la función limitada de comprobar que las alegaciones de las partes estén soportadas en la prueba presentada. El juez no puede ir más allá.[15] En este sentido, hay quienes consideran que el sistema del *common law* es más inquisitivo que el continental, pues el proceso anglosajón busca revelar la verdad y completar la historia de lo sucedido en vez de limitarse al marco de las alegaciones de las partes.[16]

La segunda máxima implica que el juzgador tiene la potestad de escoger el derecho que le parezca aplicable al caso puesto en su conocimiento, sin que tenga que limitarse a las teorías jurídicas expuestas por las partes: «Dame los hechos que yo te daré el derecho». Así, en el sistema continental la ley no necesita prueba, pues su conocimiento es presumido por parte del juez. Este principio ha sido reconocido en los principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional al establecer que «El tribunal tiene el deber de considerar todos los hechos y pruebas relevantes y de determinar los fundamentos jurídicos correctos para sus decisiones…».[17]

---

[14] Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 895.

[15] Reymond, Claude. *Common Law* and Civil Law Procedures: Which Is The More Inquisitorial? *A Civil Lawyer's Response*, 5 Arb. Int. 357 (1989).

[16] *Ibidem*.

[17] Principios ALI/UNIDOIT del proceso civil transnacional adoptados y promulgados por *The American Law Institute (ALI)*, Washington, D.C., E.E.U.U. Mayo del 2004 y por UNIDROIT, Roma, Italia, abril del 2004, art. 22.1.

Similarmente, el Nuevo Código de Procedimiento Civil francés adopta el principio de *jura novit curia*, estableciendo que el juez debe decidir el caso de conformidad con las leyes que le sean aplicables, sin que esté limitado a la designación propuesta por las partes.[18] Sin embargo, y contrariamente a la mayoría de las demás jurisdicciones de tradición civil, en lo que se refiere expresamente a la *ley extranjera,* la regla general en Francia es que ésta debe ser probada como un hecho. Así, el método usualmente utilizado es la presentación de opiniones escritas por parte de expertos legales extranjeros, aunque las partes también pueden solicitarle a la corte que efectúe ella misma las investigaciones necesarias. En caso de que haya conflicto entre las declaraciones de los expertos, le corresponde a la corte decidir cuál opinión acoger.[19]

En Alemania, se presume que el juez conoce el derecho, tanto el nacional como el extranjero.[20] Por esto, la corte puede emprender su propia tarea investigativa respecto de asuntos legales, para lo cual puede optar por consultar algún instituto nacional especializado en derecho comparativo, cosa que en la práctica se realiza con frecuencia, pues las cortes en muchas ocasiones acuden al Instituto Max Planck para Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado para consultar a los expertos legales de países variados.[21] Las partes también tienen la libertad de buscar asesoría de cualquier abogado extranjero y pueden presentar sus informes como prueba ante la corte, pero es en esta última en quien recae la tarea final de determinar el derecho aplicable. Este enfoque es también adoptado en general en Austria, los Países Bajos, Portugal, Suecia, Dinamarca y Noruega.[22]

En Suiza también se acoge el principio *jura novit curia*, tanto en el proceso civil estatal como en el arbitraje, sin embargo, la jurisprudencia impone una limitación al mismo estipulando que si bien el tribunal arbitral tiene la facultad de decidir la ley aplicable sin basarse en las alegaciones de las partes, éste debe estar limitado a que la determinación del análisis jurídico aplicable no puede venir como sorpresa a las partes, y debe darle a las mismas la oportunidad de pronunciarse al respecto, y sólo después que éstas hayan tenido tal oportunidad, el tribunal arbitral puede rendir su opinión.[23]

---

18 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2nd Ed. 2010), p. 502, citando el NCPC de Francia, art. 12.

19 *Ibidem*.

20 Lew, Julian D.M. *Proof of Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Festschrift für Otto Sandrock, 2000, p. 596.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

23 Poudret, Jean-François & Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª edición,2007, para.551.

En el sistema «adversarial» consuetudinario, por su lado, las partes tienen que probar la ley como un hecho y en este sentido, las cortes sólo pueden decidir con base en las leyes alegadas por éstas. En Inglaterra, por ejemplo, la determinación de la ley aplicable, y en particular de la ley extranjera, ha sido considerada como una cuestión fáctica y por ende, se requiere que la misma sea probada ante el juez de conformidad con la ley procedimental correspondiente.[24] Así, salvo que medie concesión, las partes deben allegar prueba específica, como por ejemplo opiniones de expertos, acerca de la ley que se alega aplicable, tal como si se tratara de la prueba de un hecho.[25] El juez debe entonces analizar la evidencia presentada y con base en ésta, decidir cuál es el derecho aplicable, sin que esté llamado a realizar sus propias indagaciones al respecto.

Las partes tienen, entonces, la obligación de educar al juez, de una manera transparente, acerca de la situación jurídica aplicable al caso. Al respecto, vale la pena mencionar la posición del derecho inglés, en el que el *barrister* inglés[26] no sólo tiene el deber de presentar a la corte la ley que le es favorable a su caso, sino que también tiene la obligación de informar y presentar aquella ley o jurisprudencia que le resulte desfavorable a su posición. Así, si bien el *barrister* tiene la posibilidad de controvertir tal ley y exponer por qué no resulta aplicable al asunto bajo examen, éste no puede ignorarla.[27]

En el arbitraje internacional, al concurrir generalmente partícipes provenientes de distintos países y culturas jurídicas, surge la duda de si es necesario que la ley sea probada como un hecho, o si se presume que ésta debe ser conocida por el tribunal arbitral y por ende, éste está llamado a realizar las investigaciones pertinentes, pudiendo finalmente adoptar la ley que considere aplicable, sin estar limitado a aquéllas alegadas por las partes. Algunos autores acogen la tradición anglosajona y concluyen que en el arbitraje internacional, en virtud de que los árbitros no tienen *lex fori*, todos los asuntos jurídicos puestos en su conocimiento son, en principio, asuntos de derecho extranjero y el contenido de cualquier norma aplicable a la disputa debe ser probado como si fuera un hecho.[28]

---

[24] *Ver* Rules of the Supreme Court Order 38 Rule 7; *ver también* Reglas de Procedimiento Civil de 1999, Parte 33, Regla 7.

[25] Lew, Julian D.M. *Proof of Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Festschrift für Otto Sandrock, 2000, p. 595.

[26] Se entiende por *barristers* aquellos abogados especializados en litigar ante las cortes judiciales. En contraste, el *solicitor* inglés es el abogado especializado en el asesoramiento transaccional, fuera de las cortes judiciales.

[27] Capítulo 708(9) del Code of Conduct, *ver*: http://www.barstandardsboard.org.uk/regulatory-requirements/the-code-of-conduct/the-code-of-conduct/part-vii-conduct-of-work-by-practising-barristers.

[28] Marriot, Arthur L. *Evidence in International Arbitration*, Arbitration International, vol. 5 n.° 3 (1989), pp, 280-290, p. 5.

Otros autores optan por una visión más flexible, aduciendo que desde la perspectiva del arbitraje internacional, existirían claros beneficios al permitir e incluso alentar a los árbitros a familiarizarse con la ley extranjera aplicable, por lo cual éstos no deberían estar limitados a escoger entre las opiniones conflictivas presentadas por los expertos legales extranjeros de las partes, sino que debería también estar autorizados para realizar sus propias investigaciones.[29]

Esta flexibilidad se ve reflejada en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»), que estipula que el tribunal arbitral debe tener la autoridad de realizar aquellas indagaciones que considere pertinentes y necesarias para identificar de oficio los hechos, leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio arbitral.[30]

Sin embargo, la flexibilidad y discrecionalidad del tribunal arbitral para investigar y aplicar la ley extranjera que considere pertinente puede traer como desventaja la ausencia de orientación y predictibilidad.[31] Para muchos practicantes del arbitraje internacional existen mayores beneficios al ordenar a las partes la presentación de argumentos legales respecto de la ley aplicable y la manera en que ésta debe ser aplicada, pues esto limita el alcance de la discusión jurídica en controversia.

Compartimos la visión pragmática expuesta por algunos tratadistas y adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en virtud de la cual aunque la corte no considera que está en la obligación de conocer la ley extranjera, ésta tampoco estima que la misma sea tratada como una cuestión puramente fáctica que debe ser probada por la evidencia producida por las partes. Esto es importante pues la corte queda entonces con la libertad, y quizás con el deber, de resolver cualquier duda existente acerca de tal ley a través de sus propias indagaciones, si las partes no presentaron prueba que le satisfaga suficientemente.[32]

c. Derecho sustancial versus derecho procesal

En sistemas de derecho continental, el énfasis del proceso recae generalmente sobre los derechos sustanciales, mientras que en el *common law* la importancia se centra en los procesos o procedimientos mediante los cuales los derechos van a ser establecidos

---

[29] Lew, Julian D.M. *Proof of Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Festschrift für Otto Sandrock, 2000, p. 596.

[30] Reglamento de la LCIA, art. 22.1(c).

[31] Lew, Julian D. M. *Proof of Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Festschrift für Otto Sandrock, 2000, p. 599.

[32] *Ibidem*, comentado el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional *Brazilian Federal Loans* (1929, PICJ, Ser. A No. 21).

y protegidos.[33] Así, para el abogado civilista es indispensable que la controversia legal esté plenamente definida para que el juez pueda resolverla, y los hechos sólo son relevantes y deben ser probados en la medida en que ayuden a definir el problema legal. Para el abogado anglosajón, por el contrario, la inquietud principal es que todas las partes tengan un profundo e igual conocimiento de los hechos. Sólo con base en esto ellos podrán presentar en debida forma sus pretensiones legales precisas.[34]

Estas diferencias tienen repercusión directa en la práctica probatoria de ambos sistemas, siendo bastante más amplia y flexible en el sistema anglosajón, caracterizándose el derecho continental europeo por tener reglas más limitadas y estrictas en esta materia.

d. Carga de la prueba

Como principio general, en el derecho continental europeo se aplica el principio procesal de *onus probandi actori incumbi*. Así, quien alega un hecho debe probarlo, so pena de desestimarse su pretensión (*actore non probante reus absolvitur*), salvo que sea beneficiario de una presunción.[35] La carga de la prueba está, entonces, en su totalidad, en cabeza del alegante.

Esta regla está consagrada en distintas regulaciones de Europa continental y también de Latinoamérica. Por ejemplo, en Francia, el nuevo Código de Procedimiento Civil consagra que le corresponde a cada parte probar los hechos necesarios para el éxito de su demanda de conformidad con la ley.[36] En el mismo sentido, el Código Civil italiano estipula que quien pretende reclamar un derecho ante la corte debe probar los hechos que constituyen su fundamento.[37] El Código Civil suizo también establece que, salvo norma en contrario, la carga de probar la existencia de un hecho alegado le corresponde a la persona que deriva un derecho de tal hecho.[38] Por su lado, y para comparar con Latinoamérica, el Código de Procedimiento Civil colombiano a su vez dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.[39] Igual estipulación

---

33 Derains, Yves. *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint*, en Document Production in International Arbitration, *ICC Bull. Special Supplement*, 2006, 83, 84.

34 *Ibidem*.

35 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 549.

36 *Ver* nuevo Código de Procedimiento Civil de Francia, Art. 9.

37 Código Civil Italiano, art. 2697.

38 Código Civil de Suiza, art. 8.

39 Código de Procedimiento Civil Colombiano, art. 177.

está contenida en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, decretando que es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.[40]

La tradición anglosajona, en términos generales, también estima que el *onus probandi* recae en cabeza de quien realiza una alegación particular.[41] La diferencia práctica entre la manera en que funciona la carga de la prueba en los dos sistemas jurídicos es que en el derecho civilista una parte procesal no está obligada a producir pruebas en detrimento de su caso. Esto resulta extraño a la cultura de derecho anglosajón, en que las partes deben presentar todas las pruebas, sean positivas o negativas para su posición, relacionadas con el caso.[42]

Por regla general, las legislaciones nacionales contienen muchas normas a través de las cuales, ya sea expresa o implícitamente, se asigna, modifica, o invierte la carga de la prueba en situaciones específicas.[43]

En el arbitraje internacional, sin embargo, el debate acerca de la carga de la prueba es mucho más amplio y complicado pues no existen reglas explícitas a nivel internacional que regulen en detalle esta materia y generalmente las partes se abstienen de establecer estipulaciones en este sentido en los acuerdos arbitrales.[44] El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI»), por su parte, reglamenta de manera sucinta este tema, previendo que «[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas».[45] No obstante, no tiene ninguna otra estipulación que complemente esta materia. Surge, entonces, la pregunta de ¿cómo debe el árbitro internacional determinar en quién recae la carga de la prueba y cómo opera dicha carga, a falta de requisito expreso de las partes?

La primera tarea a la que se ve abocado el árbitro internacional es la de decidir cuál es la ley aplicable a la determinación de la carga de la prueba. En términos gene-

---

40 Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, art. 113.

41 Eveleigh, Edward et al. *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration.* 10 Arbitration International (1994) pp. 317-363, p. 317.

42 Giovannini, Teresa. «*The Continental European Perspective and Practice of Advocacy*». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe eds., Juris Publishing, 2010, 2nd Ed.), p. 503.

43 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 272.

44 *Ibidem*.

45 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 27(1).

rales, las reglas y normas aplicables a la prueba en un arbitraje internacional pueden ser encontradas en: (i) Los términos expresos del acuerdo arbitral; (ii) Las reglas incorporadas, por referencia, al acuerdo arbitral; (iii) La ley procedimental del lugar o la sede del arbitraje (*lex fori)*; (iv) La Ley sustantiva aplicable al fondo de la disputa (*lex causae)*.[46] Las primeras dos proposiciones son ampliamente aceptadas. Sin embargo, qué ocurre cuando un tema probatorio, como precisamente la carga o estándar de la prueba, no ha sido definido por las partes o regulado por las normas incorporadas por referencia al acuerdo arbitral? El árbitro debe, entonces, entrar a preguntarse ¿qué cuerpo normativo debe aplicar: la ley de la sede; la ley de donde se toma la prueba; la ley sustancial?

Hay distintos puntos de conexión para decidir cuál es la ley aplicable. Debido a que, en principio, la ley aplicable al arbitraje era la ley del lugar del arbitraje, se consideró que era, entonces, esta misma ley la aplicable a los asuntos probatorios. Así, en la práctica si un arbitraje internacional tenía lugar en Inglaterra, el derecho probatorio de allí era el aplicable a tal proceso. Sin embargo, con los años este enfoque ha sido abandonado y la tendencia actual es adoptar el derecho aplicable según el contrato, pues hay mayor previsibilidad para las partes.[47]

En los países europeos, un punto de partida útil para determinar la carga de la prueba es el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que en su artículo 14(1) prevé ciertos estándares en materia probatoria, y particularmente dispone que la ley que rija el contrato en virtud del Convenio se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba.[48] El artículo 14(1) ha sido visto como una fuerte indicación de que la carga y el estándar de la prueba aplicable están siempre regidos por la ley sustantiva aplicable a la disputa.[49] Este enfoque ha sido adoptado por varios autores, exponiendo que la carga de la prueba debe observar la ley sustantiva imperante, ya sea porque haya sido escogida por las partes o por el árbitro internacional; es

---

[46] Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 270.

[47] Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 888.

[48] Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 273, citando el art. 14(1) del Convenio de Roma de 1980 (aplicable a los contratos privados).

[49] *Ibidem*.

entonces indispensable sujetar esa carga a los principios legales en virtud de los cuales se decidirá el arbitraje.[50]

e. Estándar de prueba

Para los países de la cultura de derecho anglosajón el estándar de la prueba generalmente aplicable es la «preponderancia de la prueba» o el «balance de probabilidades», que consiste en que pesados los argumentos y la prueba presentada por una u otra parte, la balanza se inclina por una de ellas. Refleja la visión general que para prevalecer, quien propone una posición debe lograr algo más que crear un equilibrio entre su posición y la de su contraparte; el proponente debe, entonces, empujar su evidencia más allá de la línea de igualdad con el fin de que pese más que la de la otra parte.[51]

En el derecho continental, por su parte, el estándar es más alto, exigiéndose en muchos casos una convicción plena.[52] De este modo, si la parte interesada no ha logrado, a través de la evidencia aportada, probar los hechos que sustentan su alegación de manera que el juez pueda tener una convicción plena o una creencia íntima y personal acerca de la veracidad de la misma, el juez deberá fallar en su contra.[53] Es decir, el estándar de prueba basado en la convicción plena indica al juez que cuando falte la prueba o ésta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria a la que tenía la carga de la prueba. En el derecho austriaco, por ejemplo, se utiliza el concepto de «convencimiento pleno», y en la jurisprudencia de Suiza se hace referencia a la noción de «convicción».

Si bien, por regla general, el estándar de prueba utilizado en la tradición consuetudinaria es el de la preponderancia de la prueba o balance de probabilidades, existen casos específicos en que el estándar es particularmente alto, como por ejemplo, cuan-

---

50 *Ver*, por ejemplo, Von Mehren, Robert B. «Burden of Proof in International Arbitration». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings*: *The Law Applicable in International Arbitration*. *ICCA Congress Series*, Vienna, 1994, vol. 7 (Albert Jan van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 1996), pp. 123-130, p. 9.

51 Von Mehren. «Burden of Proof in International Arbitration». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. *ICCA Congress Series*. Vienna, 1994, vol. 7 (Albert Jan van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 1996), pp. 123-130, p. 5.

52 *Ver* Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 503.

53 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 274.

do se trata de probar fraude o cohecho.[54] En estos eventos, el demandante en un caso civil está obligado a probar su caso en contra del demandado a través de un estándar que se acerca más a aquél aplicado en los casos penales, es decir, el estándar de «más allá de la duda razonable».[55] Esto se explica, pues en la realidad, si se demuestra la existencia de fraude, surgirán también consecuencias penales.

La diferencia existente entre los estándares de la prueba aplicados en los dos sistemas jurídicos es muy sutil, y responde a razones históricas, basándose principalmente en la existencia del juicio ante jurado en los países de tradición anglosajona, en los que resulta necesario elaborar normas más refinadas y restrictivas con el fin de no inducir a error al jurado, que generalmente está conformado por personas que no tienen conocimientos sofisticados ni experiencia en la materia. En el sistema continental, por su parte, las pruebas son presentadas ante los jueces, quienes se espera que tengan el conocimiento y la sofisticación necesarias para examinar y tasar la prueba, estando formados específicamente para analizar y leer documentos, memoriales, codificaciones y jurisprudencia.[56]

En el campo de arbitraje internacional, conforme a lo que explicamos en el acápite anterior acerca de la carga de la prueba, no existen normas específicas que estipulen el estándar de prueba que los árbitros deben adoptar. Surge, entonces, el mismo cuestionamiento acerca de ¿cuál es el estándar de prueba aplicable en los arbitrajes internacionales y dónde puede el árbitro encontrar el estándar que debe aplicar?

Ciertos autores, al intentar responder estas preguntas, primero hacen alusión a tres factores importantes que se aplican en el plano del arbitraje internacional; (i) El árbitro deriva su autoridad del acuerdo de las partes; (ii) Los árbitros, al menos en casos complejos de arbitraje comercial internacional, usualmente están habilitados para recibir y evaluar la evidencia, por lo cual los mismos estándares que le son aplicables al jurado no necesariamente le son aplicables a los árbitros; (iii) Sujeto a los principios de igualdad de las partes y al debido proceso, el árbitro está liberado, en gran medida, de las reglas restrictivas que se aplican en las cortes.[57] Teniendo en cuenta esto, se puede considerar que en el arbitraje internacional el estándar de la prueba a adoptar

---

54 Von Mehren. «Burden of Proof in International Arbitration». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, *ICCA Congress Series*. Vienna, 1994, vol. 7 (Albert Jan van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 1996), pp. 123-130, p. 5.

55 *Ibidem*.

56 Reymond, Claude. Common Law and Civil Law Procedures: Which Is The More Inquisitorial? *A Civil Lawyer's Response*, 5 Arb. Int. 357 (1989).

57 Von Mehren, George M. «Burden of Proof in International Arbitration».En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, *ICCA Congress Series*.

puede ser encontrado en alguna de estas posibilidades: (i) principios generales de derecho; (ii) la ley de la sede del arbitraje; y (iii) la ley escogida por las partes o los árbitros para regir el fondo del asunto.

Al igual que lo explicado acerca de la carga de la prueba, la tendencia actual en la comunidad arbitral es la de que la ley aplicable a la sustancia del caso debe atraer el estándar de la prueba que se adopta en su jurisdicción.[58] Sin embargo, ¿podría el árbitro en alguna eventualidad modificar el estándar de prueba a través de la aplicación de los principios generales? Por ejemplo, ¿podría el árbitro aplicar un estándar de prueba distinto al generalmente adoptado en los casos civiles en los que la disputa involucra fraude o cohecho, o debe el árbitro aplicar también el estándar de prueba más alto?

En nuestro criterio, el árbitro sí debería estar en la capacidad de aplicar los principios generales para adaptar o ajustar el estándar de prueba a las circunstancias específicas de ciertos casos, como por ejemplo, aquellos que involucran fraude o cohecho, por cuanto no es posible comparar los resultados esperados y las políticas públicas implicadas en un litigio civil que involucre estas conductas, con un arbitraje internacional en el que la disputa se centra en un incumplimiento de contrato que genera perjuicios contractuales. En el litigio civil la justificación para imponer un mayor estándar de prueba es, quizás, la naturaleza penal inherente al fraude y cohecho, por lo cual al demandado deben ofrecérsele los mismos derechos que éste tendría en una investigación penal.[59] Por su parte, en un arbitraje internacional el estándar de prueba no debería ser más alto, pues estrictamente no nos encontramos en un ámbito con consecuencias penales sino sólo contractuales. De este modo, consideramos que el árbitro debería estar facultado para, previa advertencia de las partes y respetando sus derechos procesales, modificar o ajustar el estándar de la prueba a las circunstancias específicas del caso bajo examen.

En la práctica, existe una fuerte tendencia a adoptar una posición pragmática en la que se le da amplia discrecionalidad al árbitro para aplicar el estándar de prueba, y se ve reflejada en el artículo 27(4) del Reglamento de la CNUDMI, que estipula: «El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia, y la importancia de las pruebas presentadas».[60]

Vienna, 1994, vol. 7 (Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer Law International, 1996), pp. 123-130, p. 3.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*, p. 5.

60 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures. *International Business Law Journal*, 1996, p. 889.

III. Acercamiento de culturas jurídicas y flexibilidad probatoria en el arbitraje internacional

a. Determinación de la práctica probatoria por las partes o discrecionalidad de los árbitros para reglamentarla

Si bien en los países de Europa existe la división entre la tradición de derecho anglosajón y de derecho continental, las cortes nacionales de ambos sistemas jurídicos operan con base en un cuerpo sofisticado de normas en materia probatoria que hace que las partes conozcan a ciencia cierta el tipo de procedimiento al que se enfrentan. Éste no es el caso del arbitraje internacional, que, salvo que las partes así lo acuerden de manera expresa, no se rige por las reglas probatorias que aplican estas cortes locales.

La mayoría de reglamentos arbitrales se pronuncian a favor de la autonomía de las partes para decidir la ley aplicable al arbitraje, y cuentan con estipulaciones similares a la contenida en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que establece que las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, y que, a falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar *la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.* La Ley de Arbitraje de Inglaterra, en su artículo 34(1) consagra una disposición equivalente,[61] y en Italia y Bélgica cualquier acuerdo de las partes respecto de las reglas procedimentales que debe observar el tribunal arbitral es sólo válido si precede el inicio del proceso arbitral.[62]

Así, si las partes no han escogido un conjunto de normas a adoptar en el procedimiento arbitral, esta facultad quedará al arbitrio del tribunal arbitral, cuya única obligación es la de respetar la igualdad de las partes y su derecho a ser oídas. En la práctica, son pocas las veces en que las partes estipulan un grupo de reglas específicas aplicables al procedimiento, ya sea a través de una cláusula arbitral o con posterioridad, por lo cual en la mayoría de las veces son los árbitros los llamados a organizar el procedimiento y el manejo de los medios de prueba, pudiendo entonces determinar, entre otras cosas, detalles prácticos relacionados con la presentación de los escritos de las partes y las pruebas a formularse, los plazos procesales para la presentación de las

---

61 Ley de Arbitraje Inglesa, art. 34: «Procedural and evidential matters.- (1)It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter».

62 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 271.

mismas, la manera de recibir los testimonios, los tipos de testigos admisibles, el tipo de audiencias a celebrarse y el orden de las mismas, etc.[63]

De este modo, por regla general, la norma aplicable en un arbitraje internacional es la de la amplia discrecionalidad del tribunal arbitral para determinar la prueba que resulta admisible al caso concreto, dándose cabida a las distintas prácticas probatorias existentes en diferentes jurisdicciones.[64]

b. Reglas de la IBA (International Bar Association)

Con miras a lograr una unificación de los procedimientos probatorios generalmente utilizados en el arbitraje internacional, la *International Bar Association* aprobó las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional,[65] buscando con ello llenar el vacío de la falta de reglamentación existente en esta materia y armonizar las prácticas probatorias utilizadas en las culturas del *common law* y del *civil law*.

En la actualidad, existe un consenso emergente y fuerte que promueve la aplicación de la Reglas IBA, y son comúnmente adoptadas en aquellos casos en que actúan árbitros y partes de distintas jurisdicciones. En Europa, por ejemplo, es muy común la utilización de las Reglas IBA en arbitrajes comerciales. También en Latinoamérica, o en arbitrajes involucrando partes latinoamericanas, las Reglas IBA son cada vez más aplicadas para reglamentar las cuestiones probatorias dentro de los arbitrajes, o sirven como fuente de inspiración para el manejo de tales cuestiones.[66]

Las Reglas IBA están diseñadas para asistir a las partes en la determinación de los procedimientos a utilizar en un caso particular, y pueden ser adoptadas en su totali-

---

63 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration* 20(3):285-294, 2003, p. 286.

64 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration* 20(3):285-294, 2003, p. 285.

65 La versión más reciente de las Reglas IBA y que es aplicada en la actualidad al arbitraje internacional en general, fue adoptada el 29 de mayo de 2010. Con anterioridad a esta fecha, se aplicaban la versión adoptada en 1999 denominada Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. Sin embargo, desde 1983 existía una versión de las Reglas Suplementarias de la IBA sobre Presentación y Recepción de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, y la revisión y actualización de éstas arrojó las Reglas IBA que se emplean hoy en día.

66 Grigera Naón, Horacio A. *Document Production in International Commercial Arbitration: A Latin American Perspective.* ICC Dispute Resolution Library, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration, 2006, p. 15, p. 1.

dad o en parte por las partes y los árbitros, dentro de la cláusula arbitral o por acuerdo entre ellas después de iniciada la disputa.

Sirven para complementar las disposiciones legales y las reglas institucionales, *ad-hoc* u otras reglas que se apliquen al desarrollo del arbitraje. No tienen, entonces, el objeto de proveer un mecanismo absoluto de conducta en un arbitraje internacional. Las partes procesales aún deben seleccionar un cuerpo de reglas institucionales o *ad-hoc* conforme a las cuales ellas desean dirigir su arbitraje, tales como las de la CCI, *American Arbitration Association* («AAA/ICDR»), LCIA o CNUDMI, o pueden diseñar su propio conjunto de reglas *ad-hoc*. Las Reglas IBA permiten llenar vacíos intencionalmente dejados en aquéllos reglamentos con respecto a la práctica de pruebas.[67]

Las Reglas IBA buscan proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales[68] y suministran mecanismos concretos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que dicha prueba se practica.

Las reglas le atribuyen al tribunal arbitral el deber de consultar tempranamente a las partes sobre asuntos procedimentales, con el fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba.[69] La comunidad arbitral ha visto lo anterior como un aporte positivo, y se observa que otras reglamentaciones de arbitraje internacional también han adoptado este modelo de consulta temprana.[70] Por ejemplo, el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 24, prevé la realización de una conferencia temprana con las partes para consultarles acerca de las medidas procesales mediante las cuales se conducirá el procedimiento.[71] Asimismo, las Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, publicadas por la CCI, en su párrafo 31, sugiere la realización de una conferencia preliminar sobre la conducción del procedimiento.[72] El Reglamento de la LCIA también contiene una disposición similar, animando a las partes a pactar la instrucción de su arbitraje, acordando los procedimientos que se deseen implementar.[73]

---

67 Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, B.L.I. Issue n.° 2: International Bar Association, 2000, p. 17.

68 *Ver* Reglas IBA, Preámbulo, inciso 1.

69 *Ver* Reglas IBA, arts. 2.1 y 2.2.

70 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 17(2); *ver también* Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral, 1996, Introducción, paras. 7-9.

71 Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 24.

72 Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje de la CCI, art. 31.

73 Reglamento de la LCIA, art. 14.1.

En la misma línea de celeridad y eficiencia, las Reglas IBA invitan al tribunal arbitral a identificar ante las partes, tan pronto como lo considere pertinente, cualquier cuestión (i) que el tribunal arbitral pueda considerar relevante para el caso y sustancial para su resolución; y/o (ii) para la cual pueda resultar apropiado un pronunciamiento previo.[74] Esto ha generado alguna controversia en la comunidad arbitral, por cuanto, si bien incentiva la pro-actividad por parte del tribunal arbitral, podría resultar prematuro e impropio, y podría incluso llevar a acusaciones de parcialidad.[75]

Otro punto de interés en las actuales Reglas IBA, es que introduce expresamente el deber de las partes de actuar de buena fe y le otorga al tribunal arbitral la potestad de condenar en costas a cualquiera de las partes si este deber se viola.[76] Si una parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje.[77] No existe claridad acerca del significado y alcance del principio de buena fe, luego esto dependerá del criterio de cada tribunal arbitral y será decidido caso por caso.

Consideramos que el deber de buena fe recae también sobre los abogados de las partes, sin embargo, frente a éstos la imposición de sanciones resulta más problemática en el arbitraje internacional, por cuanto no existen normas internacionalmente aplicables que regulen la conducta del abogado, ni un órgano para imponer y ejecutar sanciones.[78]

IV. Admisibilidad probatoria

La manera en que las pruebas sean practicadas, su admisibilidad y el valor de las mismas dependerá, en gran medida, del sistema de reglas adoptado en el arbitraje internacional. Las Reglas IBA dan flexibilidad al tribunal arbitral para admitir las pruebas que considere necesarias para la resolución del conflicto puesto en su conocimiento. Sin embargo, también prevén que el tribunal arbitral puede decidir excluir pruebas

---

74 *Ver* Reglas IBA, art. 2.3.

75 Newmark, Christopher. «*Efficient, Economical and Fair*» – *the Mantra of the new IBA Rules*, (2010) 13 Int. A. L. R., Issue n.° 5, p. 167.

76 Reglas IBA, Preámbulo, inciso 3: La práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe […].

77 Reglas IBA, art. 9.7: «Si el Tribunal Arbitral determina que una Parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba».

78 *Ver* Veeder. *The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith,* (2002) 18 Arbitration International l431, 437.

por razones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.[79] En la práctica, los árbitros en pocas ocasiones limitan las pruebas que pueden ser presentadas y normalmente pecan por permitir a las partes allegar pruebas cuya relevancia, en muchas ocasiones, resulta cuestionable. Esta posición de los árbitros puede ser entendida teniendo en cuenta que formalmente no le es dable a las partes apelar las decisiones arbitrales, por lo cual no tendrían ninguna otra oportunidad para intentar probar su caso, y también por el temor de que sus decisiones no sean ejecutables en virtud de la Convención de Nueva York, que afirma que una corte nacional puede negarse a reconocer o ejecutar un laudo arbitral internacional si la parte no ha podido hacer valer sus medios de defensa.[80]

El procedimiento probatorio dentro de los arbitrajes internacionales puede ser muy variado y contener grandes diferencias, debido, particularmente, al tipo de normas bajo las cuales se decida llevar a cabo el procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, si se opta por aplicar la ley de la sede del arbitraje, las partes están accediendo, implícitamente, a la adopción de un número de normas procedimentales y probatorias existentes en tal ley que serán de aplicación necesaria en la ausencia de normas en contrario estipuladas en el acuerdo arbitral.[81]

En muchos sistemas legales existen normas que restringen o excluyen cierto tipo de evidencia. Sin embargo, la adopción de estas restricciones puede ser rechazada por las partes si así lo acuerdan e incluso, en ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral tiene la potestad de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de cualquier prueba.[82] Sin embargo, en este último caso, es preciso que el tribunal arbitral tenga cierta precaución, debido al riesgo de solicitud de anulación del laudo en virtud de las normas nacionales, o la no ejecutoriedad del mismo de conformidad con la Convención de Nueva York.[83]

Por ejemplo, en el proceso delante de las cortes estatales inglesas, se aplican ciertos conceptos procesales y exclusiones probatorias que no existen en Europa Continental, como son la inadmisibilidad del testimonio de oídas o «*hearsay*», la no aceptación de ciertas pruebas cuando existen otras mejores disponibles o «*best evidence*

---

79 Reglas IBA, art. 9(2)(g).

80 *Ver* Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 10 de junio de 1958, art. V(1)(b).

81 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 272.

82 *Ibidem*, p. 276; *ver también* art. 19(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

83 *Ibidem*.

rule», y la necesidad de autenticar los documentos aportados por las partes durante el proceso, a través de su presentación y explicación por un testigo.[84]

Este tipo de restricciones no se justifican ni existen en el arbitraje internacional, donde hay mucha más flexibilidad y se le ha otorgado mayor confianza al poder de apreciación del tribunal arbitral, por lo que ya no es necesario mantener reglas estrictas de admisibilidad. Lo que cuenta, entonces, es la apreciación y el peso que le dé el tribunal arbitral a una prueba específica. Las Reglas IBA le otorgan al tribunal arbitral amplia discrecionalidad para determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de la prueba, pudiendo incluso llegar a excluir ciertas pruebas por las razones allí descritas.[85] La mayoría de reglamentos institucionales arbitrales contienen estipulaciones iguales o similares respecto el poder del tribunal arbitral de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de las pruebas, por ejemplo: Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA/ICDR, artículo 20(6); Reglamentos de la LCIA, artículo 22.1(f); Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 27(4), Reglamento de Arbitraje de la CIADI, regla 34(1). Adoptando esta posición, la misma Ley de Arbitraje inglesa no insiste en estos conceptos restrictivos de la prueba, buscando con esto, entre otras, abrir el mercado para el arbitraje internacional.

V. Tipos de prueba

En la práctica y dentro del marco de las reglas de arbitraje internacional, la presentación de la evidencia en un proceso arbitral recae dentro de las siguientes categorías: a. Presentación de prueba documental y de escritos de las partes; b. Declaraciones de testigos; y c. Testimonio oral.

No existe un término y procedimiento predefinido para presentar pruebas; es el tribunal arbitral el que está llamado a decidir sobre el momento y la forma en que éstas se presentarán y se practicarán. Sin embargo, algunas instituciones internacionales han desarrollado una serie de reglamentos, directrices y recomendaciones en virtud de las cuales se anima al tribunal arbitral a establecer procedimientos y prácticas probatorias ágiles, eficientes y sencillas que permitan mayor transparencia, prontitud y economía en el proceso arbitral.[86]

---

[84] Ver, Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower eds., 1993). November 1997, p. 277.

[85] Reglas IBA, art. 9 (1) (2).

[86] *Ver, por ejemplo,* Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, 1996, paras. 42, 48-85; *ver también* Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje de la

a. La prueba documental

(i) Distintas prácticas: derecho civilista *versus* derecho consuetudinario

Como se ha observado, los sistemas jurídicos anglosajón y continental gozan de variadas diferencias entre sí, tanto desde el punto de vista del derecho sustancial como del derecho procesal, y esto tiene repercusión directa en la práctica probatoria de ambas tradiciones jurídicas, pues mientras que el sistema anglosajón es bastante amplio y flexible en los medios probatorios que admite dentro del proceso, teniendo un procedimiento de producción de documentos extensivo y jugando la prueba oral un papel fundamental dentro del proceso, el derecho continental europeo sólo admite aquella prueba que permita demostrar como ciertos los hechos alegados, sin que sean pertinentes las pruebas que se traten de hechos que, aunque relacionados con la reclamación, no son materiales para la resolución de la misma.[87]

Para poder comprender mejor las diferencias entre ambos sistemas, es preciso empezar por hacer una breve descripción del procedimiento que se sigue en cada uno. Así, en los litigios ante las cortes anglosajonas, el procedimiento se divide en dos partes principales: primero, hay una etapa previa al juicio o *pre-trial stage*, en la que se presentan los memoriales, se establecen las directrices del procedimiento y se da la producción de documentos (también conocida como *discovery*).[88] La segunda etapa es el juicio o *trial*, en el que las partes pueden presentar todo su caso de manera oral a la corte, razón por la cual la prueba verbal es la que mayor valor tiene.[89] Por su parte, en la tradición civilista el proceso se divide más que todo en la etapa de presentación de memoriales, y la de práctica de pruebas, siendo la prueba documental la que tiene mayor valor, y las demás pasan a ser estimadas como secundarias.[90]

Es en la producción de documentos donde más amplio se observa el abismo que existe entre los sistemas de derecho civilista y el consuetudinario, y aunque en materia arbitral no se sigue estricta o exclusivamente ninguno de estos modelos, sino más bien

---

CCI, paras. 52-71.

87 Derains, Yves. «Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint». En *Document Production in International Arbitration*. *ICC Bull. Special Supplement*, 2006, 83, 84.

88 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 885.

89 *Ibidem*.

90 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 504.

se intenta implementar una combinación de los mismos que ha generado la adopción de un modelo propio e independiente, es innegable que tanto los árbitros como los abogados de las partes generalmente conducen los procedimientos arbitrales basados en sus propios antecedentes jurídico-culturales.[91]

A nivel de las cortes judiciales, las tradiciones y reglas en la exhibición de documentos varían significativamente entre las jurisdicciones del *common law* y del *civil law*. En las jurisdicciones anglosajonas, a las partes se les exige producir toda la evidencia que les sea disponible, incluyendo aquélla que resulte desfavorable a su caso.[92] Las partes también tienen el derecho de solicitar que su oponente produzca documentos y que la corte ordene su producción.[93] El alcance de la producción de documentos es entonces, bastante amplio. En contraste, en las jurisdicciones de derecho continental las partes no tienen ninguna obligación de producir documentos que resulten desfavorables a su caso, ni tampoco tienen el derecho de solicitarle a la corte que ordene que éstos sean producidos por la contraparte, salvo algunos casos limitados.[94] En los Países Bajos, por ejemplo, no existe el derecho de obligar a un oponente en un litigio judicial a presentar documentos adversos a su caso.[95]

En el arbitraje internacional, la prueba documental es la más utilizada y, por regla general, la que mayor peso procesal tiene. Si bien tales pruebas son comúnmente presentadas junto con los escritos de las partes, como se estipula, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de la LCIA,[96] es claro que la producción de documentos en materia arbitral es menos rígida, y se observa, por ejemplo, que reglas institucionales de arbitraje internacional requieren que sólo un mínimo de documentos sean presentados con la solicitud de arbitraje, con el fin de suministrarle al tribunal arbitral la información necesaria para tomar los pasos preliminares que le permitan poner en movimiento el arbitraje.[97] Incluso, se recomienda a las partes evitar solicitar documentos de la otra parte, a menos que esta solicitud

---

91 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 884.

92 Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Philippe Bärtsch. *Discovery in International Arbitration: How much is too much?* Schieds VZ 2004, Heft 1, p. 14.

93 *Ibidem*.

94 *Ibidem*.

95 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993). November 1997, p. 272.

96 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 20(3) y 21(4); y el Reglamento de la LCIA, art. 15(6).

97 *Ver, por ejemplo,* Reglas de Arbitraje de la CCI, art. 4(3)(d).

sea relevante y determinante para la solución del caso.[98] Con esto, se busca que la producción de documentos resulte eficiente, pretendiendo mantener un equilibrio racional entre costos y tiempo.

Un árbitro o abogado que viene del sistema del *common law* esperará, entonces, tener mayores posibilidades para solicitar una amplia producción de documentos en el arbitraje internacional, mientras que un abogado civilista esperará que sólo se admita la producción de documentos concretos y selectos que sirvan para probar los elementos materiales del caso y, por ende, no se aplique el procedimiento de exhibición de documentos anglosajón.[99]

En la práctica arbitral en donde participan nacionales de países que aplican el derecho continental, es común que se adopten las tradiciones civilistas, otorgándosele una mayor importancia a la prueba documental, como por ejemplo en Alemania, donde «en un caso típico de arbitraje comercial internacional con elementos alemanes entre dos empresas, los testigos no van a ser el único ni incluso el más importante centro de atención».[100] Esto es reafirmado en los arbitrajes internacionales de Suiza, por ejemplo, en donde usualmente los escritos de las partes no sólo juegan un papel muy importante, si no determinante en el proceso de decisión de los tribunales arbitrales.[101]

Los abogados y cortes de la cultura civilista generalmente son renuentes a la extracción de la prueba en posesión de la otra parte en virtud de la aplicación del principio legal de *onus probandi incumbat allegandi*, y porque se considera que las partes deben fundamentar sus casos con base en los hechos conocidos y no en los hechos no conocidos o por conocer. Sin embargo, en algunas jurisdicciones, como es el caso de Alemania, las cortes han llegado a un punto medio a través de un enfoque tridimensional: (i) Por regla general, los documentos deben ser presentados por cada parte; (ii) Si una de las partes deja de producir un documento que sirve de fundamento para demostrar su pretensión, se considerará que ha dejado de probar su caso y la demanda será desestimada o la defensa rechazada; (iii) Si la contraparte se encuentra en posesión de un documento indispensable para la resolución del caso, pero tal

---

98 *Ver* Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje de la CCI, art. 53.

99 Christof Siefarth, Document Production: New Developments in German Litigation and International Arbitration, 10 Doshisha Univ. World Wide Bus. Rev. 129 (2008), p. 135.

100 Giovannini, Teresa «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». In *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 504, citando a Richard M. Kreindler, *Arbitrating with Different Traditions: Civil Law,* The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, vol. 75, n.° 2, May 2009, pp.199 ff. 202.

101 *Ibidem*.

parte se abstiene de producir el documento, la alegación acerca del contenido de tal documento que ha hecho la parte que busca basarse en éste se presumirá cierta.[102] Así, en virtud de la nueva versión del Código Civil alemán, las cortes pueden ordenar la producción de documentos que están en posesión de la contraparte o de un tercero, y con respecto a los cuales una parte se apoya para fundamentar su posición.[103] Si la parte a quien se le ordenó la producción de tales documentos se abstiene de presentarlos, la corte puede aplicar una inferencia adversa y considerar probadas las alegaciones fácticas relacionadas con el contenido de los documentos.[104]

En el mismo sentido, diversos reglamentos y leyes arbitrales han otorgado a la parte que no está en posesión de un documento que sirve de prueba, el derecho para que la solicite al tribunal arbitral y éste ordene su presentación.[105] De negarse a presentarlo, el tribunal arbitral podrá aplicar como sanción una inferencia adversa, considerando que ese documento es contrario a los intereses de esa parte.[106]

Desde una perspectiva de derecho continental europeo, se ha dicho que la etapa de producción de documentos o *discovery* no existe; sin embargo, como lo notan algunos autores,[107] esto no es enteramente cierto en la medida en que la producción de documentos es permitida, pero de una manera mucho más limitada que en países anglosajones. Por regla general, las normas civilistas tanto de países de la Europa continental como de Latinoamérica, exigen que los documentos se alleguen al principio de los procesos judiciales, y sólo en algunos casos especiales es preciso introducir los documentos con fecha posterior a la demanda, como por ejemplo, aquéllos relacionados con la contestación o reconvención, o con hechos sobrevinientes. Así, por ejemplo, en muchos países latinoamericanos se requiere que el demandante anexe toda la prueba documental a su escrito de demanda.[108] Adicionalmente, se entiende que cada parte suministrará los documentos que servirán para fundamentar los hechos

---

[102] Siefarth, Christof. «Document Production: New Developments in German Litigation and International Arbitration». 10 Doshisha Univ. *World Wide Bus. Rev*. 129 (2008), p. 131.

[103] Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Philippe Bärtsch. *Discovery in International Arbitration: How much is too much?* Schieds VZ 2004, Heft 1, p. 17. *Ver* § 142 Zivilprozessordnung.

[104] *Ibidem.*

[105] *Ver, por ejemplo*, Reglamento de la CNUDMI, arts. 27(3); Reglas de la IBA, arts. 3.2 a 3.9; Sección 34(2) de la 1996 Arbitration Act.

[106] *Ver* Reglas IBA, art. 9 (5) (6).

[107] *Ver, por ejemplo,* Giovannini, Teresa. *The Continental European Perspective and Practice of Advocacy*, en The Art of Advocacy in International Arbitration (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.), Juris Publishing, 2010), 2nd Ed., p. 513.

[108] *Ver, por ejemplo,* Código de Procedimiento Civil de Colombia, arts. 76, 77; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, art. 365. *Ver* Grigera Naón, Horacio A. *Document Production in International Commercial Arbitration: A Latin American Perspective,* Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration, 2006, p. 15, p. 1.

alegados, sin que estén obligadas a presentar, de manera espontánea, los documentos que resulten perjudiciales para su caso.

A nivel arbitral, generalmente se considera que las partes deben presentar los documentos sobre los cuales basan sus alegaciones junto con sus memoriales, y que los escritos de solicitud de producción de documentos no deberán ser recibidos sino hasta que las partes hayan intercambiado sus primeros memoriales presentando de manera completa sus respectivos casos. Sólo en este momento los árbitros tendrán la posibilidad de determinar si los documentos solicitados son relevantes y materiales al asunto en disputa y así podrán evitar las llamadas *fishing expeditions*,[109] a través de las cuales una parte pretende construir su caso con base en los documentos que espera encontrar en los archivos de la contraparte, sin previamente haber erigido su caso con base en los elementos fácticos en su posesión.[110]

(ii) Armonización de prácticas a través de las Reglas IBA

La Reglas de la IBA representan un buen compromiso entre ambas culturas jurídicas, introduciendo la producción de documentos estilo anglosajón, pero de una manera más conservadora, limitando su alcance al establecer que una solicitud de presentación de documentos debe incluir una descripción suficientemente específica para identificar con detalle el tipo de documentos que considera que existan.[111] Con esto, las Reglas buscan evitar las mencionadas *fishing expeditions* y un diluvio ilimitado de pruebas documentales, lo que iría en contravía de la eficiencia, celeridad y costo del procedimiento.

Sin embargo, se le otorga al tribunal arbitral amplia discrecionalidad para que, de oficio, y en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, solicite a cualquiera de las partes la exhibición de los documentos que considere relevantes para la resolución del conflicto puesto en su conocimiento.[112] La parte a quien se dirija la referida solicitud de Exhibición de Documentos, puede objetar esa solicitud por cualquiera de las razones contempladas en el artículo 9.2 de las Reglas.

Algunos autores han anotado que la flexibilidad de las Reglas IBA al permitir la presentación de documentos hasta poco antes de la conclusión del arbitraje puede

---

[109] Entendemos por *fishing expeditions* aquellas medidas orientadas exclusivamente a la búsqueda preliminar de pruebas comprometedoras.

[110] Derains, Yves. «Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint». En *Document Production in International Arbitration*, *ICC Bull. Special Supplement*, 2006, 83, 87.

[111] *Ver* Reglas IBA, art. 3.3(a).

[112] *Ver* Reglas IBA, art. 3.10.

permitir que las partes introduzcan documentos sorpresa en cualquier momento, sin que haya ninguna advertencia previa. En el mismo sentido, al poder las partes exhibir los documentos en cualquier instante, siempre que sea dentro de los términos establecidos por el tribunal arbitral, éstas pueden optar por ocultar documentos y con ello, argumentos basados en tales documentos, haciendo que el proceso resulte más extenso al verse la otra parte obligada a responder a esto, y así, también presentar otros documentos y contraargumentos.[113]

(iii) El documento electrónico

La realidad actual ha introducido al mundo del arbitraje internacional el documento electrónico, y si bien algunas reglamentaciones ya preveían la posibilidad de presentar documentos en este formato, ninguna contenía estipulaciones específicas que regularan su exhibición. Las Reglas IBA de 2010 prevén ciertos principios que sirven de guía para manejar algunos de los retos que representa la producción de documentos electrónicos, los cuales deben ser complementados con soluciones específicas que ya han sido desarrolladas a nivel de litigios judiciales en distintas jurisdicciones.

En virtud de las Reglas IBA, los documentos electrónicos, al igual que el resto de pruebas, deben estar sometidos a los principios de eficiencia, economía, equidad y buena fe. Así, las reglas ordenan que en el evento en que se solicite la producción de documentos en formato electrónico, la parte debe identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda, con el fin de asegurar eficiencia y economía en la producción de la prueba, y evitar de este modo un diluvio de documentos.[114] Al requerirse la especificidad en la solicitud del documento electrónico, se pretende ponerle un límite al alcance de la producción de estos documentos, lo cual guarda coherencia con el art. 3(a) de las Directrices para Árbitros sobre Intercambio de Información emitidas por el CIRDI, que limita la producción de documentos a aquéllos respecto de los cuales haya razones para creer que existen y son relevantes y sustanciales para el desenlace del caso. En el mismo sentido, frente a la forma de presentación del documento electrónico, las Reglas IBA exigen que sean exhibidos en la forma que resulte más conveniente o económica para la parte y que a su vez sea razonablemente utilizable por los receptores.[115]

---

[113] Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 293.

[114] Reglas IBA, art. 3.3(a)(ii).

[115] Reglas IBA, art. 3.12(b).

Los principales desafíos que han surgido a partir del uso del documento electrónico son, entre otros, la preservación de documentos,[116] su alto volumen, el incremento de la posibilidad de producción inadvertida de documentos (por ejemplo, aquéllos protegidos por secreto profesional, privilegio, confidencialidad), y las limitaciones relacionadas con la tecnología utilizada para almacenar la información.[117]

(iv) Eficiencia en el procedimiento para las solicitudes de presentación de documentos: el «Calendario Redfern»

No existe en el arbitraje internacional un procedimiento o formato estándar para la presentación de documentos, por lo que éstos pueden ser presentados en cualquier forma que se considere apropiada, salvo que el tribunal arbitral haya exigido un método específico. Para casos complejos en que las partes deban solicitarse entre sí un gran número de documentos, y con el fin de no interferir negativamente en el transcurso del procedimiento, se recomienda a los árbitros la aplicación de ciertos criterios de eficiencia, con el fin de reducir los plazos y costos asociados.[118] Una de estas recomendaciones consiste en la utilización del calendario para la presentación de documentos desarrollado por Alan Redfern (denominado «*Redfern Schedule*»), que permite que la documentación sea intercambiada mutuamente entre las partes, sin que los documentos tengan que ser formalmente presentados al tribunal arbitral. Así, los árbitros sólo tendrían que intervenir si las solicitudes no han sido satisfechas.

Lo anterior puede lograrse bajo la forma de una tabla que incluye las siguientes cuatro columnas:[119]

Primera Columna: Identificación de el o los documentos o categoría de documentos solicitados;

Segunda Columna: Breve descripción de los motivos de cada solicitud;

Tercera Columna: Resumen de las objeciones de la otra parte para la presentación de el o los documentos o de las categorías de los documentos solicitados; y

Cuarta Columna: Dejar en blanco para la decisión del tribunal arbitral relativa a cada solicitud.

---

116 Sobre este punto, *ver* Moloo, Rahim. *Electronic Evidence in International Arbitration: Current Issues and Tips to Consider*, Transnational Dispute Management, vol. 6, issue 1, March 2009, p. 4; *ver también* www.trnasnational-dispute-management.com.

117 Bouchenaki, Amal. «The IBA Rules Lay the Ground for Solutions to Address Electronic Document Production Disputes». *International Arbitration Law Review*, 2010 13 Int. A. L. R., Issue n.° 5, 2010. Thomson Reuters (legal), p. 180.

118 Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, publicado por la CCI, ¶ 55.

119 Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, publicado por la CCI, ¶ 55.

(v) Confidencialidad

Por regla general, salvo que las partes expresamente así lo determinen ya sea en virtud del acuerdo arbitral o por incorporación de algún reglamento institucional, en el arbitraje internacional no se asume la confidencialidad. Por el contrario, si se quiere establecer la confidencialidad ésta tiene que ser expresamente estipulada.[120] Es recomendable que en la primera orden procedimental del proceso arbitral se incluya una estipulación mencionando que si una parte produce un documento que es confidencial, así lo debe hacer notar al tribunal arbitral el cual, después de consultar a las partes, determinará qué medidas deberán ser tomadas para preservar la confidencialidad del documento, intentando, a su vez, permitir la producción de tanta evidencia como sea posible para el objeto del arbitraje.[121]

Existen algunas reglas institucionales que expresamente prevén la confidencialidad. Por ejemplo, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional dispone que las partes, salvo acuerdo contrario expreso, se comprometen, como norma general, a mantener confidenciales los laudos y órdenes, así como todos los soportes materiales presentados por la otra parte en el marco del procedimiento arbitral y que no se encuentran en el dominio público.[122]

El Reglamento de la LCIA también prevé la confidencialidad a través de un precepto similar, estableciendo que, salvo acuerdo en contrario de las partes, éstas mantendrán la confidencialidad de los laudos y toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial.[123]

En el mismo sentido, las Reglas IBA también establecen que cualquier documento presentado o exhibido en el arbitraje por una parte o por un tercero que no sea de dominio público será tratado como confidencial por el tribunal arbitral y por las otras partes y sólo podrá usarse en relación con el arbitraje.[124] Este requisito se aplica-

---

120 *Ver*, *en general*, FRANÇOIS POUDRET, Jean & Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*, 2007, 2.ª Ed., paras. 368-374.

121 EVELEIGH, Edward *et al.*, *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration,* 10 Arbitration International (1994), pp. 317-363, p. 320.

122 Nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, art. 44; *ver también* Antiguo Reglamento Suizo de Arbitraje, art. 43.

123 Reglamento de la LCIA, art. 30.1.

124 Reglas IBA, art. 3.13 (Texto preexistente 1999).

rá salvo y en la medida que su revelación sea exigida a una parte en cumplimiento de una obligación legal, para proteger o ejercer un derecho, o ejecutar o pedir de buena fe la revisión de un laudo en procedimientos legales ante un tribunal estatal u otra autoridad judicial.[125]

(vi) Secreto Profesional o *legal privilege*

El secreto profesional, también conocido en los países anglo-sajones como *legal privilege*, existe en muchas jurisdicciones.[126] Las características del mismo, sin embargo, difieren entre los dos sistemas jurídicos.[127] Para el derecho anglosajón, por ejemplo, las comunicaciones confidenciales entre el cliente y su abogado son prácticamente sacrosantas y están protegidas por el secreto profesional, formando parte de las reglas restrictivas o de exclusión de la prueba.[128] Así, sólo el cliente tiene la posibilidad de renunciar a este privilegio y permitir la inclusión de este tipo de comunicaciones como prueba dentro de un proceso.[129]

En el derecho continental las reglas que protegen el secreto profesional son aún más fuertes.[130] De acuerdo a la tradición civilista, el secreto profesional es un derecho estatutario y un asunto de política pública ejecutado a través de sanciones penales que prohíben y castigan su violación.[131] Es un derecho absoluto y no puede ser renunciado por el abogado, así el cliente hubiese desistido del mismo.[132] Así, por ejemplo, en Francia, en virtud del artículo 226(13) del Código Penal, la revelación de comunicaciones protegidas bajo el secreto profesional pueden ser sancionadas con la pena de prisión de hasta un año y una multa de 15.000 euros.[133] En Suiza, el artículo 321 del Código Penal dispone una pena de prisión de hasta un máximo de 3 años o la imposición de una multa, por la violación del secreto profesional.[134]

---

125 Reglas IBA, art. 3.13 (Texto añadido 2010).

126 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower eds., 1993), November 1997, p. 277.

127 *Ibidem*.

128 *Ibidem*.

129 *Ibidem*.

130 *Ver, por ejemplo,* art. 5.7 del Règlement Intérieur de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris.

131 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2d ed. 2010), p. 507.

132 *Ibidem*.

133 *Ibidem*.

134 *Ibidem*.

Los instrumentos legales multilaterales de la Europa Continental por regla general, también reconocen el derecho de una persona a rehusarse a proveer evidencia siempre y cuando ésta tenga el deber de así hacerlo.[135] Por ejemplo, el artículo 11 de la Convención de la Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial[136] establece que «la carta rogatoria [para obtener pruebas] no se ejecutará cuando la persona designada en la misma alegare una exención o una prohibición de prestar declaración, en virtud de a) la ley del Estado requerido; o b) la ley del Estado requirente …».[137]

Asimismo, los Principios ALI/UNIDOIT del Proceso Civil Transnacional contemplan la protección del secreto profesional al estipular que debe dársele efecto a los privilegios, inmunidades y protecciones similares de una parte o tercero respecto de la exhibición de pruebas u otra información.[138]

Otra diferencia existente frente al secreto profesional en las dos tradiciones jurídicas tiene que ver con el asesor interno de las compañías, también conocido como *in-house counsel*. En el derecho europeo continental, al contrario de lo sucedido en la tradición anglosajona, las comunicaciones internas de la compañía buscando la asesoría jurídica del *in-house counsel* no están protegidas por el secreto profesional.[139] El *in-house counsel* en este caso es tenido como otro empleado de la compañía y no en su carácter de abogado. Para que sus comunicaciones estén protegidas bajo el secreto profesional, se requiere éstas hayan sido intercambiadas con un abogado externo en el contexto de la defensa judicial de la compañía.[140]

En materia de arbitraje internacional, las diferencias existentes en el manejo del secreto profesional por los distintos sistemas jurídicos pueden tener gran impacto

---

135 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2d ed. 2010), p. 506.

136 *Hecho el 18 de marzo de 1970 y entrado en vigor el 7 de octubre de 1972.*

137 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 506.

138 Principios ALI/UNIDOIT del proceso civil transnacional adoptados y promulgados por *The American Law Institute (ALI)*. Washington, D.C., mayo 2004 y por UNIDROIT, Roma, abril 2004, art. 18(1).

139 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 507. *Ver también* casos conjuntos T-125/03 y T-253-03, *Akso Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. vs. Commission of the European Communities,* 17 September 2007.

140 *Ibidem*.

sobre el proceso probatorio arbitral y constituir fuente de conflicto, pues en el caso en que se encuentren dos partes que provengan de culturas legales distintas surge la pregunta de cuál es la norma que se debe adoptar para manejar el tema del secreto profesional. Así, mientras una parte, bajo su sistema legal, no estaría obligada a revelar cierta información, la otra parte no está protegida por este privilegio, ocasionándose con esto una desigualdad probatoria. Con el fin de evitar este tipo de controversias, es recomendable que el árbitro clarifique el tratamiento que se le dará al tema del secreto profesional a inicios del proceso arbitral, buscando con esto otorgarle a las partes un trato igualitario y equitativo.[141]

La mayoría de reglamentos institucionales arbitrales proveen pocas directrices frente a cómo manejar el tema de los privilegios. Algunos reglamentos exigen que los árbitros tengan en consideración los privilegios, pero no suministran indicaciones adicionales.[142] Así lo dispone, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje internacional de la AAA/ICDR.[143] Las Reglas IBA le atribuyen al tribunal arbitral la potestad de excluir cualquier prueba con base en la existencia de un impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal arbitral.[144] Las Directrices para Árbitros emitidas por el CIRDI sobre Intercambio de Información disponen que cuando el tribunal arbitral esté confrontado ante normas distintas en materia del secreto o ética profesionales y otras limitaciones legales, éste deberá, en la medida de lo posible, aplicar las mismas reglas a ambas partes, dando preferencia a las reglas que otorguen el mayor nivel de protección.[145]

En la práctica, y teniendo en cuenta el carácter dual de los privilegios, se puede pensar que un conflicto en esta materia puede ser resuelto a través de la aplicación, tanto de las normas que regulan el arbitraje como de las que están más directamente conectadas a la prueba respecto de la cual se aduce la protección del secreto profesional, y en el evento de conflicto entre estas dos, la que ofrezca mayor protección será la aplicable.[146]

---

141 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 277.

142 Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Philippe Bärtsch. *Discovery in International Arbitration: How much is too much?* Schieds VZ 2004, Heft 1, p. 19.

143 Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA, art. 20(6).

144 Reglas IBA, art. 9(2)(b).

145 Directrices para Árbitros sobre Intercambio de Información emitidas por el CIRDI, art. 7.

146 Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Philippe Bärtsch. *Discovery in International Arbitration: How much is too much?* Schieds VZ 2004, Heft 1, p. 19.

En algunos casos, las mismas partes pueden acordar producir los documentos protegidos por secreto profesional, sujetos a un acuerdo de confidencialidad; en otros, se podrán producir documentos en los que se borre la información protegida por el privilegio.[147] Asimismo y previo consentimiento de las partes, se puede disponer de la producción de ciertos documentos privilegiados para que sólo sean revisados por el tribunal arbitral y no por la parte que solicitó su producción, con el fin de que se decida si procede la exhibición total o parcial del documento, o si se niega la misma.[148]

b. La prueba testimonial y pericial

Como se mencionó con anterioridad, el valor, alcance y práctica de la prueba testimonial difiere en los dos sistemas legales, teniendo una mayor importancia y desarrollo en la cultura anglosajona, en la que se constituye, quizás, como la más valiosa de las evidencias.[149]

En el arbitraje internacional, los árbitros provenientes de la cultura del *common law* están más inclinados a permitir que las partes llamen cuantos testigos ellas requieran y a que éstas los puedan interrogar, contrainterrogar y re-interrogar, de conformidad con la tradición de las cortes inglesas y americanas, que los árbitros formados en el sistema continental europeo.[150] Sin embargo, atendiendo a razones de eficiencia, economía y celeridad, resulta común que los tribunales arbitrales estén imponiendo ciertos límites al número de testigos y a los interrogatorios y contrainterrogatorios.[151]

En el sistema civilista, el juez tiene un papel más importante en la recepción de los testimonios, pues es éste quien dirige el interrogatorio.[152] El derecho consuetudinario le da una gran importancia al contrainterrogatorio de los testigos propuestos por la otra parte con el fin de demostrar ante el juzgador sus contradicciones. En principio, el juez no interroga a los testigos.[153]

---

147 *Ibidem*, p. 20.

148 *Ibidem*.

149 Derains, Yves. «Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint». En *Document Production in International Arbitration*, *ICC Bull. Special Supplement*, 2006, 83, 84.

150 Marriot, Arthur L. «Evidence in International Arbitration». *Arbitration International*, vol. 5, n.° 3 (1989), pp. 280-290, p. 3.

151 *Ibidem*.

152 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 512.

153 Staughyon, Lord. «*Common Law* and Civil Law Procedures: Which Is The More Inquisitorial?». *A common lawyer's response*, 5 Arb. Int. 351 (1989).

En la práctica, se observa que en la mayoría de arbitrajes internacionales se permite que los testigos sean interrogados y contrainterrogados, teniendo un alcance similar pero quizás no tan amplio como en las cortes anglosajonas. Así, debido a que el procedimiento arbitral puede estar regido por prácticas extranjeras, en muchas jurisdicciones continentales, como Suiza, Francia y los Países Bajos, los testigos pueden ser interrogados, contra-interrogados, e interrogados nuevamente, de acuerdo a la tradición consuetudinaria, siempre y cuando las partes arbitrales o el tribunal arbitral así lo hayan estipulado en el acuerdo arbitral, en los términos de referencia o en una orden procedimental.[154] Los árbitros comúnmente también entrevistan a los testigos, haciéndoles preguntas concretas sobre temas de importancia para la solución del caso.[155]

(vii) Tipos de testimonios: declaraciones escritas y declaraciones orales

Una práctica común en el arbitraje internacional ha sido la de convertir las declaraciones testimoniales orales en declaraciones escritas presentadas con anterioridad a las audiencias.[156] Ésta es, precisamente, una de las herramientas que se están empleando exitosamente con el fin de controlar la duración y los costos de dichas audiencias.[157]

Estas declaraciones escritas se presentan frecuentemente en una de dos maneras, y la forma y el momento escogidos para hacerlo dependerá de una pregunta táctica, tanto para el tribunal arbitral como para la parte involucrada.[158] En cuanto a la forma, las declaraciones pueden presentarse, primero, como un simple resumen del testimonio del deponente, relatando hechos y descripciones sencillas, sin mayores elaboraciones. O pueden tener la forma de una declaración bien detallada del testimonio, lo cual generalmente ahorra tiempo en la audiencia porque el testigo sim-

---

154 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 893.

155 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 893.

156 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The common lawyer's guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 287.

157 *Ver, por ejemplo,* Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA/ICDR, art. 20(5); Reglamento Arbitraje de la CNUDMI, art. 27(2); Reglamento de la LCIA, art. 20(4).

158 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The common lawyer's guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 287.

plemente confirma su declaración durante su interrogación y puede entonces darse inicio prontamente a su contra-interrogación.[159]

Segundo, pueden presentarse en la forma de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento, conocidas como *affidavits*, y que son utilizadas por la tradición del *common law*, a diferencia de la tradición continental en que basta con que el testigo declare que se compromete a decir la verdad, sin la necesidad de que se le tome juramento.[160]

Las Reglas IBA establecen que será suficiente con que el testigo firme la declaración, afirmando que se compromete a decir la verdad, o en el caso de un perito, su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en el dictamen pericial.[161] Las Reglas IBA ofrecen algunas directrices acerca de la información que debe ser incluida en el escrito de declaración, siendo de especial importancia la descripción completa y detallada de los hechos, así como de la fuente de información del testigo sobre tales hechos.[162]

Así, en la práctica en el arbitraje internacional, los testigos no están obligados a prestar juramento para poder declarar; el tribunal arbitral prefiere solicitar que éstos testifiquen simplemente manifestando que van a decir la verdad.[163] Esto puede responder a que los árbitros, como los particulares, no se sienten cualificados para administrar el juramento.[164] Ésta es también la posición adoptada en las leyes nacionales de varios países europeos, incluyendo Alemania, Francia, Suecia, Italia y Grecia. Sin embargo, Inglaterra (§38(5) de la Ley de Arbitraje), Bélgica (art. 1696(3) del Código Judicial de Bélgica), y los Países Bajos (art. 1041(1) del Código de Procedimiento Civil) expresamente le confieren la potestad de prestar juramento a los árbitros.[165]

En cuanto al momento en que son allegadas las declaraciones escritas, es posible que sea a la vez de la presentación de los memoriales y las pruebas documentales de las partes, o después de esto, a través de un intercambio simultáneo de las declaraciones

---

159 *Ibidem*, p. 288.
160 *Ibidem*, p. 289.
161 Reglas IBA, arts. 4 y 5.
162 *Ibidem*.
163 Roth, Marianne. «False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland». *Journal of International Arbitration*. March 1994, vol. 11, n.° 1, p. 17.
164 Dimolitsa, Antonias *Giving Evidence: Some Reflections on Oral Evidence vs Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses*, International Chamber of Commerce Dispute Resolution Library, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration and Oral Evidence, 2005, reference page 11, p. 4.
165 *Ibidem*.

entre las partes.[166] Algunas partes consideran que permitir el conocimiento previo del contenido de las declaraciones de los testigos implica darle a la contraparte una ventaja injusta en la preparación de las declaraciones de sus testigos.[167] Sin embargo, también es posible considerar que esto permite un desarrollo más transparente y ordenado, sin peligro de sorpresas.[168]

Cuando las declaraciones testimoniales se presentan por escrito, se deja abierta la posibilidad de que, durante las audiencias, el testigo sea interrogado ya sea por la parte que lo presenta, por la parte contraria, o por el tribunal mismo.[169] En muchos casos, cuando la contraparte concluye que no requiere practicar un contrainterrogatorio, las declaraciones escritas reemplazan por completo el testimonio oral.[170]

(viii) ¿Quiénes pueden ser testigos?

A nivel arbitral, toda persona que pueda declarar acerca de los hechos materia de disputa, o acerca de un tema concreto o área técnica que resulte de importancia para la resolución del asunto cuya resolución se pretende, puede ser testigo.

En el arbitraje internacional no existen las limitaciones imperantes en las cortes de tradición continental acerca de quiénes pueden ofrecer testimonio, como por ejemplo las normas vigentes en países como Alemania, Bélgica e Italia en virtud de las cuales no es posible que una parte haga las veces de testigo, declarando a favor de su propio caso.[171] Así, los representantes de las partes no pueden declarar bajo juramento, sino simplemente ofrecer una declaración informal. Esta misma prohibición también estuvo vigente hace muchos años en Inglaterra, pero fue abolida desde 1843.[172] En otros países, como Austria, se le otorga menos peso probatorio a los testimonios

---

166 Von Mehren George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 288.

167 *Ibidem*.

168 *Ibidem*.

169 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 545.

170 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 287.

171 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 276.

172 *Ibidem*, *ver* nota 52.

dados por los representantes de las partes, teniendo mayor valor las declaraciones rendidas por terceros.[173]

En contraste con la prohibición existente en la tradición civilista, tanto los empleados como los representantes de las partes pueden rendir testimonio en un arbitraje internacional, sin que la contraparte pueda tachar tales testigos con base en cuestionamientos sobre su objetividad o veracidad, y será el tribunal arbitral quien estará llamado a realizar la valoración de dicha prueba de manera discrecional. Así lo permite el artículo 4 de las Reglas IBA, que expresamente dispone que cualquier persona, incluyendo una Parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma, podrá testificar.[174]

(ix) Clases de testigos

Puede haber *testigos de hecho* y *testigos expertos* o *peritos*. Los primeros declararán sobre el conocimiento personal que tienen acerca de los hechos materia de disputa. Los segundos rendirán opiniones acerca de un tema técnico especializado frente al cual gozan de amplia experiencia.

El testimonio u opinión de expertos —también llamados peritos—, es frecuentemente utilizado en el arbitraje internacional, identificándose dos métodos en que generalmente se reciben tales opiniones: (i) Cada una de las partes designa sus propios expertos sobre un tema particular, quienes, siguiendo las instrucciones dadas por la parte, presentan sus declaraciones ante el tribunal arbitral para que éste las estudie y analice; y (ii) El tribunal arbitral designa un experto independiente, a quien se le dan instrucciones expresas, para que rinda un dictamen, el cual será puesto en conocimiento de las partes. Esta opinión no resulta vinculante para el tribunal arbitral, es decir, los árbitros no tienen obligación de acoger las opiniones rendidas por el experto.[175]

Como bien lo explican ciertos autores, este tema es uno que encuentra una gran divergencia de tratamiento entre los países de tradición jurídica civil y los países del *common law*. Los primeros tienden a favorecer que el tribunal arbitral designe un experto independiente quien seguirá las instrucciones del tribunal. Los segundos tienden a preferir que cada parte presente un experto y, del examen o enfrentamiento (inclusive estilo *cross-examination*), puede derivarse la solución del problema.[176]

---

173 *Ibidem*.

174 Reglas IBA, art. 4(2).

175 *Ver* González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 546.

176 *Ibidem*, nota 100.

Comúnmente en los arbitrajes internacionales, la prueba pericial es decretada a petición de parte. Sin embargo, el tribunal arbitral tiene la facultad de decidir no nombrar a un experto o aceptar la designación de expertos por las partes cuando estime que la prueba pericial es inútil para establecer los hechos del caso, o carece de relevancia.[177] Sin embargo, ¿qué sucede cuando las partes no solicitan la presentación de opiniones de expertos y el tribunal arbitral, no obstante, siente que carece de conocimientos técnicos suficientes para resolver un asunto especializado de una controversia? ¿Está el tribunal arbitral, en respeto al debido proceso, en la obligación de ordenar la prueba pericial? Conforme a la jurisprudencia suiza, el tribunal arbitral sí se halla en tal obligación.[178]

Después que los expertos han presentado sus declaraciones, por regla general, tanto las partes como el tribunal arbitral podrán interrogarlos en forma oral durante la audiencia.[179] En contraste, de acuerdo a la práctica de algunas cortes continentales, cuando el testigo experto es designado por el juez, éste no puede ser contrainterrogado (sujeto a *cross-examination*) por las partes.[180] Tampoco puede ser recusado.[181] Si esta práctica se ejecutara en los arbitrajes internacionales, esto generaría ciertas preocupaciones, pues ¿qué sucedería si el experto escogido por el tribunal es mediocre, y las partes no tienen la posibilidad de interrogarlo u objetar su dictamen? Con el fin de evitar esta situación, es saludable que los árbitros permitan que el experto por ellos designado también pueda ser interrogado. Ésta ha sido, precisamente, la posición adoptada por algunas normas de arbitraje internacional, como, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que dispone que los testigos, incluidos los peritos, podrán deponer y ser interrogados en las condiciones que fije el tribunal arbitral.[182] Similar disposición está prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI y el Reglamento de la LCIA.[183]

Es común en los arbitrajes internacionales que existan discrepancias entre las declaraciones de los expertos presentados por las partes. En estos casos, el tribunal arbitral puede nombrar un perito tercero en discordia o puede nombrar a un asesor

---

177 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 546.

178 *Ver Ibidem*, p. 547, citando la Corte Suprema Suiza, ASA Bull. 1997, pp. 291, 207.

179 *Ibidem*, p. 547.

180 Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 514.

181 *Ibidem*.

182 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 28(2).

183 Ley Modelo de la CNUDMI, art. 26(2), y Reglamento de la LCIA, art. 12(2).

para que lo oriente sobre la manera de interpretar las opiniones presentadas.[184] El tribunal también puede valorar únicamente las dos opiniones presentadas y con base en ellas tomar sus propias conclusiones en aplicación del principio de libre apreciación de la prueba.[185]

(x) Preparación y entrevista de los testigos

Las reglas éticas de algunas jurisdicciones civilistas restringen o prohíben a las partes y a sus abogados entrevistar a los testigos antes de la audiencia, o preparar sus declaraciones.[186] Por ejemplo, países como Francia, Italia, Bélgica, Suiza y Dinamarca cuentan con normas éticas, procesales, o incluso penales, que prohíben esta práctica.[187] Sin embargo, en la tradición del *common law*, e incluso, en otros países continentales, tales como Austria, Suecia y Países Bajos, los abogados de las partes sí pueden acercarse y entrevistar a los testigos potenciales.[188]

A nivel del arbitraje internacional, hay un consenso general acerca de que la preparación de los testigos, cuando es conducida dentro de los límites éticos apropiados, es totalmente aceptada, estando permitido que la Parte o sus abogados se entrevisten con cualquier testigo con el fin de obtener su declaración.[189] Sin embargo, esta actuación siempre debe estar gobernada por el principio de la buena fe, no estándole éticamente permitido a las partes influenciar indebidamente a los testigos y menos aún, hacerlos incurrir en declaraciones falsas.

---

184 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 547.

185 *Ibidem*.

186 *Ver* Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 511.

187 Huleatt-James, Mark & Robert Hunter. «The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and Some Issues Relating to Their Determination and Application». En *International Arbitration in the 21st Century* (R. Lillich & C. Brower (eds.), 1993), November 1997, p. 277.

188 *Ver* Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration* (D. Bishop & E.G. Kehoe (eds.). Juris Publishing, 2nd Ed., 2010), p. 511.

189 Roney, David P. «The Advocate's Response to Guerrilla Tactics en International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct». *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 7, issue n.º 2, November 2010, p. 7. *Ver también* Schlabrendorff, Fabian. «Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration Proceedings: The Quest for Developing Transnational Standards of Lawyers'Conduct». En M.Á. Fernández-Ballesteros & David Arias (eds.). *Liber Amicorum* Bernardo Cremades, (*La Ley*, 2010) pp. 1161-1182, p. 1.

Algunos autores llaman la atención acerca de que, si bien este consenso sobre la procedencia de la preparación de los testigos existe en el arbitraje internacional, aún subsisten normas estatutarias nacionales o éticas aplicables en el lugar de donde provienen los abogados, o en el lugar del arbitraje, que pueden prohibir a los abogados a ejecutar este tipo de práctica.[190] Es por esto que resulta recomendable que el tribunal arbitral discuta y pacte este tipo de asuntos al inicio del arbitraje, con el fin de asegurar un tratamiento igualitario para todas las partes.[191]

Tanto las Reglas IBA[192] como el Reglamento de Arbitraje de la LCIA[193] expresamente permiten a las partes y a sus abogados entrevistar a los testigos y testigos potenciales, sujeto, en el caso del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, a las disposiciones obligatorias de la ley aplicable.[194]

Adicionalmente, al no existir norma expresa que lo prohíba, las partes pueden incluso redactar las declaraciones de los testigos, pero circunscritas a los hechos por ellos relatados.[195] Con el fin de evitar abusos en esta área, las Reglas IBA exigen que el testigo se pronuncie expresamente acerca de la veracidad de su declaración,[196] y permiten que el testigo sea contrainterrogado en la audiencia.[197]

Si bien el abogado o la parte pueden preparar a los testigos que declararán en el arbitraje internacional, éstos no pueden proponerles, ya sea directa o indirectamente, que declaren una versión particular de los hechos. A su vez, el rol del abogado es el de

---

190 Schlabrendorff, Fabian. «Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration Proceedings: The Quest for Developing Transnational Standards of Lawyers' Conduct». En M.Á. Fernández-Ballesteros & David Arias (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, (*La Ley*, 2010), pp. 1161-1182, p. 1.

191 *Ibidem*.

192 Reglas IBA, art. 4.3: «No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios».

193 Reglamento de la LCIA, art. 20.6: «Siempre que no se contravengan las disposiciones imperativas de cualquier ley aplicable, cualquiera de las partes o de sus abogados podrá entrevistarse con cualquier testigo, cierto o eventual, con el fin de obtener su declaración escrita o de citarle para declarar como testigo».

194 Roney, David P. «The Advocate's Response to Guerrilla Tactics in International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct». *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 7, issue n.° 2, November 2010, p. 7, nota 17.

195 Schlaepfer, Anne Véronique. «Witness Statements». En *Arbitration and Oral Evidence* 65, (Laurent Levy and V.V. Veeder (eds.), 2005), p. 68. *Ver también,* Sinclair, Anthony C. «Differences in the Approach to Witness Evidence Between the Civil and Common law Traditions». En *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris, 2nd Ed., pp. 30-31.

196 Reglas IBA, art 4.5(d).

197 Reglas IBA, art. 8.1.

asistir al testigo en el desarrollo de la confianza y la claridad de pensamiento requerida para testificar honesta y efectivamente, basado en su propio conocimiento o recuerdo de los hechos.[198]

(xi) Examen de los testigos en la audiencia probatoria

Después de que los testigos han rendido sus declaraciones testimoniales, éstas son frecuentemente examinadas en forma oral, durante la audiencia arbitral, con posterioridad a la práctica de las pruebas fácticas.

Existen distintas técnicas para interrogar a los testigos y la utilización de las mismas dependerá, seguramente, del antecedente jurídico-cultural de los abogados de las partes. Estas técnicas especializadas de examen de los testigos han sido introducidas del sistema consuetudinario anglosajón, en el que, como se observó previamente, la prueba más importante es la oral, de modo que se han desarrollado distintos métodos de contradicción del testigo. Así, generalmente, se empieza por un interrogatorio directo, seguido por un contrainterrogatorio realizado por la otra parte, que en muchas ocasiones da lugar a otro *re-direct* y *re-cross*. Si bien estas técnicas de interrogación no fueron desarrolladas en el ámbito de la Europa Continental, hoy en día son utilizadas por los abogados de esta cultura jurídica, en especial en la comunidad del arbitraje internacional en el que la manera en que los testigos son examinados parece tomar prestado elementos de ambas culturas.[199]

Si bien el examen oral de los testigos no es obligatoria, pues el tribunal arbitral tiene el derecho de resolver la controversia con base en los documentos y las declaraciones escritas relevantes, y siempre y cuando haya acuerdo de las partes,[200] es bastante común que en los arbitrajes internacionales los testigos sean efectivamente interrogados. El tribunal arbitral podrá, a su vez, hacer las preguntas que considere pertinentes a los testigos.[201] Las Reglas de la IBA, incluso, le atribuyen al tribunal arbitral pleno control sobre la audiencia probatoria, pudiendo limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo cuando la considere irre-

---

198 Roney, David P. «The Advocate's Response to Guerrilla Tactics in International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct». *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 7, issue 2, November 2010, p. 8.

199 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 893.

200 *Ver, por ejemplo,* nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 24(5); *ver también* Antiguo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 20(6).

201 Reglas IBA, art. 8(3)(g).

levante.[202] El Reglamento de la CCI también le asigna al tribunal arbitral control absoluto de la audiencia.[203]

En relación con la audiencia probatoria dentro de un arbitraje internacional, es recomendable que el tribunal arbitral proceda, temprano en el proceso, a establecer la manera en que ésta se practicará, determinando, entre otras, el modo en que los testigos serán examinados, y que así lo informe a las partes a través de una orden procedimental.[204] Por lo general, las partes podrán expresar sus opiniones al respecto para poder llegar a un acuerdo que las satisfaga a ambas. El propósito de esta orden es asegurar que los abogados provenientes de distintas culturas jurídicas tengan el mismo entendimiento con respecto al sistema en que la audiencia se desarrollará y especialmente, en que los testigos serán interrogados.[205]

Varios reglamentos institucionales de arbitraje establecen disposiciones detalladas acerca del desarrollo de la audiencia probatoria, otorgándole a su vez al tribunal arbitral un amplio grado de discrecionalidad para determinar la manera en que los testigos serán examinados.[206] Ordinariamente, la audiencia se empieza por los testigos del Demandante, seguidos por los testigos del Demandado, a quienes, por lo general, se les hace la admonición de declarar la verdad por el tribunal arbitral; tras el interrogatorio por la parte que ha llamado al testigo, cualquier otra parte podrá interrogarlo, dándole la posibilidad a la parte que lo llamó inicialmente para hacer nuevas preguntas posteriormente.[207] A continuación se presentarán las declaraciones de los peritos designados por la Demandante y luego los nombrados por el Demandado, o en su caso, el/los nominados por el tribunal arbitral, quienes también podrán ser interrogados y contra-interrogados por las partes y por el tribunal arbitral.[208] Sin embargo, el tribunal arbitral podrá variar este orden de procedimiento, al igual que las técnicas en que los testigos serán interrogados.[209]

En la coreografía del juicio por jurado, que prevalece, por ejemplo, en el proceso civil en los EE.UU. se tiene que controlar al testigo porque los jurados no son

---

202 Reglas IBA, art. 8.2.

203 Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 26(3); ver también antiguo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 21(3).

204 Patocchi, Paolo Michele & Ian L. Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common law Procedures». *International Business Law Journal*, 1996, p. 893.

205 *Ibidem*.

206 *Ver, por ejemplo*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 28(2)

207 Reglas IBA, art, 8.3 (a) (b).

208 Reglas IBA, art, 8.3 (c) (d).

209 Reglas IBA, art, 8.3 (f).

verdaderamente capaces de poder apreciar críticamente la prueba testimonial, y por eso es menester que existan en este tipo de proceso reglas muy claras, con el fin de no confundir al jurado con temas que quizás éste no puede entender o distinguir.[210] En la cultura europea esto no es necesario debido a que es el juez el único encargado de la valoración de la prueba. Si bien el papel de los árbitros internacionales puede ser asimilable al del juez continental en el sentido en que están plenamente capacitados para apreciar la evidencia, como resultado de la armonización y fusión cultural en el arbitraje internacional tanto árbitros como abogados continentales están aplicando las distintas técnicas de interrogación de los testigos desarrolladas en la cultura anglosajona, porque da estructura a la interrogación y la ordena de una manera justa y equitativa y por ende, ayuda a la eficiencia procesal.

Una práctica que está ganando cada vez más aquiescencia en la comunidad del arbitraje internacional es la de la confrontación de testigos expertos o *hot-tubbing*. El *hot-tubbing* o conferencia de testigos es una técnica conocida y utilizada comúnmente en el proceso de cortes estatales de algunos países, como por ejemplo, Australia, en la que los expertos son llamados a concurrir a la audiencia con el fin de ser confrontados entre sí, abriendo la posibilidad para que discutan el caso, se eleven preguntas mutuas respecto del contenido de sus dictámenes, respondan a preguntas hechas por los jueces y los abogados, y así, busquen un punto de encuentro que permita resolver los asuntos en controversia por ellos evaluados.[211] Según algunos autores, a nivel del arbitraje internacional es una práctica que hoy en día ha sido adoptada por la mayoría de árbitros civilistas.[212] Con la conferencia o confrontación de testigos, particularmente, si se trata de testigos expertos o peritos, el debate toma lugar entre testigos especializados e informados; se enfrenta el conocimiento de un experto contra el conocimiento del otro, por lo cual el alcance de la contra-interrogación o *cross-examination* podría resultar ser insignificante.[213]

Si bien la confrontación de testigos puede ser una técnica eficiente, se requiere que exista mucha organización en la práctica de la misma y que el tribunal arbitral esté muy preparado, conociendo suficientemente los hechos materia de disputa, para así poder dirigir el diálogo de los testigos e imponer una discusión estructurada. De

---

[210] Eveleigh, Edward et al. *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration,* 10 Arbitration International (1994), pp. 317-363, p. 319.

[211] *Ver* Gray, Jeff. *Why Judges Like 'Hot-Tubbing'?* En http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/the-law-page/why-judges-like-hot-tubbing/article1991694/.

[212] Sinclair, Anthony C. «Differences in the Approach to Witness Evidence Between the Civil and Common Law Traditions». En *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2nd Ed., Juris, pp. 46.

[213] *Ibidem*, citando a Wolfgang Peter.

lo contrario, la utilización de este método tiene el potencial de generar muchos inconvenientes y convertirse en un caos.

Las Reglas IBA consagran una práctica equivalente a la conferencia o el *hot-tubbing* de peritos, estableciendo la posibilidad de que el tribunal arbitral ordene que los peritos de las partes se reúnan y deliberen acerca de los asuntos materia de sus opiniones, debiendo intentar llegar a un acuerdo sobre los mismos, el cual se hará constar por escrito, anotando también aquellos otros puntos sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.[214]

(xii) Falso testimonio

Al inicio de la audiencia, el tribunal arbitral puede advertirle al testigo su obligación de declarar la verdad; sin embargo, se observa que en la práctica esta amonestación no siempre se realiza, quizás por los pocos efectos legales que ésta puede generar.[215]

Las consecuencias que existen en caso de una declaración testimonial falsa en el escenario de un arbitraje internacional son inciertas, pues en la mayoría de jurisdicciones el delito de falsedad de testimonio o perjurio está circunscrito al testimonio ante autoridades judiciales, sin que sus legislaciones o jurisprudencia se hayan pronunciado respecto del caso específico de la falsedad del testimonio rendido ante una autoridad arbitral.[216] Suiza es, sin embargo, una excepción a lo anterior, pues en virtud de su legislación la falsedad de testimonio ante un árbitro también conlleva sanciones penales, siempre y cuando éste le haya hecho la admonición al testigo de declarar la verdad, so pena de incurrir en el delito de perjurio o falso testimonio.[217]

A pesar de que no existen muchos casos en que el falso testimonio prestado en un procedimiento arbitral resulte punible, consideramos que éste puede dar lugar a

---

[214] Reglas IBA, art. 5.4.

[215] Dimolitsa, Antonias. «Giving Evidence: Some Reflections on Oral Evidence vs. Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses. International Chamber of Commerce Dispute Resolution Library, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration and Oral Evidence, 2005, reference page 11, p. 4.

[216] Dimolitsa, Antonias. «Giving Evidence: Some Reflections on Oral Evidence vs. Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses». International Chamber of Commerce Dispute Resolution Library, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration and Oral Evidence, 2005, reference page 11, p. 5.

[217] Código Penal de Suiza, art. 307. Ver Thomas Müller & Mladen Stojiljković, *SWITZERLAND: Perjury in arbitral proceedings* (vol. 6, issue n.° 5) 29 julio 2011. En http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/29662/switzerland-perjury-arbitral-proceedings. *Ver también* Roth, Marianne «False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland», *Journal of International Arbitration*, vol. 11, March 1994, n.° 1.

responsabilidad civil en el evento de que el falso testimonio conduzca a error y a una decisión equivocada del tribunal arbitral en el laudo. En estos casos, es de trascendental importancia determinar la ley que resulta aplicable al asunto en cuestión, teniendo en cuenta que varias jurisdicciones han desarrollado distintos enfoques respecto a si los partícipes en procedimientos legales pueden ser declarados civilmente responsables por daños y perjuicios.[218] En la mayoría de jurisdicciones la ley aplicable sería la del lugar en la que se rindió el testimonio falso, es decir, el foro del arbitraje. Sin embargo, existen teorías en virtud de las cuales también se podría considerar la ley aplicable al contrato, la ley donde se ha obtenido la prueba, o las leyes y reglas éticas aplicables a los árbitros y abogados.[219]

Existen, entonces, diferencias estructurales entre los distintos sistemas acerca de la procedencia o no de la responsabilidad civil de los testigos. En los países consuetudinarios, por ejemplo, el enfoque general es que los testigos, sean de hecho o peritos, gozan de del *privilegio* y por ende, de inmunidad, por lo que no podrá imputárseles responsabilidad por eventuales daños y perjuicios.[220] No obstante, algunas cortes han aplicado una excepción relacionada con los testigos expertos designados por las partes, a quienes no les fue aplicada la inmunidad.[221]

En los países civilistas, por su parte, si bien no se puede alegar que los testigos gozan del *privilegio* antes discutido, pues este concepto no existe, se considera que la responsabilidad de los testigos y peritos está restringida, como un asunto de política pública.[222] No obstante, a principios de siglo el Código Civil alemán introdujo una disposición previendo la responsabilidad general de los peritos designados por la corte para aquellos casos de negligencia grave.[223] Hay autores que consideran que esta regla podría ser aplicada, por analogía, a los expertos nombrados por un tribunal arbitral, e incluso a los expertos designados por las partes.[224]

---

[218] Schlosser, Peter F. «Generalizable Approaches to Agreements with Experts and Witnesses Acting in Arbitration and International Litigation». En *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, *ICC Dispute Resolution Library*, reference page 775, 2005, p. 5. *Ver también* Roth, Marianne. «False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland». *Journal of International Arbitration*, vol. 11, March 1994, n.° 1, p. 6.

[219] Roth, Marianne. «False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland». *Journal of International Arbitration*, vol. 11, March 1994, n.° 1, p. 6.

[220] Schlosser, Peter F. «Generalizable Approaches to Agreements with Experts and Witnesses Acting in Arbitration and International Litigation». En *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, *ICC Dispute Resolution Library*, reference page 775, 2005, p. 5.

[221] *Ibidem*, nota 28 y 29.

[222] *Ibidem*, p. 6.

[223] *Ibidem*, citando el BGB § 839a.

[224] *Ibidem*.

Además de responsabilidad, en algunas jurisdicciones el falso testimonio dentro de un proceso arbitral da lugar a una acción de anulación extraordinaria del laudo. En Suiza, por ejemplo, un laudo puede ser anulado si viola las políticas públicas, las cuales involucran el orden público y la moral.[225]

Igualmente, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 34(2)(b)(ii) prevé la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral que es contrario al orden público de ese Estado. En este contexto, se puede considerar que un laudo dictado con base en un falso testimonio viola las políticas públicas.[226]

Es preciso, además, recordar que en virtud de la Convención de Nueva York de 1959, el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser negado si viola la política pública del lugar en donde se pretende tal reconocimiento y ejecución.[227] En un caso resuelto por la Corte Suprema de Singapur relacionado con la solicitud de anulación extraordinaria de un laudo por haber sido expedido con base en falso testimonio y en la supresión de documentos, la corte sostuvo que para proceder a la nulidad resultaba necesario mostrar que la toma de tal decisión fue inducida por fraude o corrupción, que la evidencia oculta no hubiese podido ser producida, a pesar de la debida diligencia durante el procedimiento arbitral, y que tal evidencia era decisiva y hubiese hecho que el tribunal arbitral fallara en favor de la parte afectada.[228]

Remuneración de testigos (expertos)

A pesar de que en el arbitraje internacional los testigos de hecho y expertos deben rendir sus declaraciones de manera neutral y autónoma respecto de las partes,[229] éstos tienen derecho a ser remunerados pecuniariamente, lo cual ha generado bastante controversia respecto a su independencia y credibilidad.

Por regla general, la mayoría de jurisdicciones aceptan que las partes que llaman a un testigo a declarar en su favor deben cubrir los gastos en que éste incurre en el cumplimiento de su objeto, tales como costos de transporte, hotel, alimentación,

---

225 Roth, Marianne. «False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland». *Journal of International Arbitration*, vol. 11, March 1994, n.° 1, p. 20; *ver también* Poudret, Jean-François & Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd Ed., 2007, paras. 845.

226 *Ibidem*.

227 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 10 de junio de 1958, art. V(2)(b).

228 Swiss Singapore Overseas Enterprises Pte Ltd. vs. Exim Rajathi India Pvt Ltd. [2009] SGHC 231.

229 *Ver, por ejemplo*, Reglas IBA, art. 5 (2) (c).

etc.[230] Sin embargo, el tema del pago de honorarios a testigos es mucho más delicado y resulta inadmisible para muchos juristas, debido a que da lugar a la sospecha de falta de independencia y credibilidad de su versión, y a considerar que la declaración ofrecida por tal testigo fue «comprada».[231]

En muchas jurisdicciones de derecho civil, los árbitros no pueden otorgarle un peso significativo a los testimonios de expertos, debido a que el hecho de que sean contratados y remunerados por una parte es visto como un motivo de parcialidad.[232]

No obstante, en el arbitraje internacional es práctica aceptada que la parte y el testigo cuya declaración se pretende presentar, pueden acordar el pago de unos honorarios razonables por el trabajo en que éste incurrirá.[233] Así lo considera el nuevo igual que el antiguo Reglamento de Arbitraje de la CCI, que dentro de la estimación de los costos a fijar estipula que deberán tenerse en cuenta los gastos y honorarios incurridos por los expertos designados por el tribunal arbitral, así como los demás honorarios y costos razonables incurridos por las partes arbitrales.[234]

Pese a lo anterior, la fijación de honorarios a favor de un testigo no puede corresponder a un monto ilimitado, y es necesario que la suma pactada sea razonable. Así, se han conocido casos en que testigos de hecho, quienes tenían el monopolio de la información que resultaba crucial en una disputa, han sido remunerados con sumas irracionalmente altas por los abogados de las partes, y éstos últimos han sido sancionados por infringir normas éticas, y las declaraciones desestimadas.[235]

Los testigos pueden ser interrogados por la contraparte y por el tribunal arbitral acerca de la remuneración que les fue otorgada por la presentación de su declaración, monto que debe ser declarado y revelado transparentemente ante el tribunal y no puede ser mantenido en secreto. Los testigos tienen, entonces, la obligación de re-

---

230 Schlosser, Peter F. «Generalizable Approaches to Agreements with Experts and Witnesses Acting in Arbitration and International Litigation». En *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, p. 775.

231 *Ibidem*.

232 Von Mehren, George M. & Claudia T. Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 20(3):285-294, 2003, p. 290.

233 *Ibidem*.

234 Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 37; *ver también* Antiguo Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 31.

235 Schlosser, Peter F. «Generalizable Approaches to Agreements with Experts and Witnesses Acting in Arbitration and International Litigation». En *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, p. 776, citando Golden Door Jewelry Creations Inc. vs. Llyds Underwriters Non-Marine Ass'n, 865 F.Supp. 1516 (S.D. Fla. 1994).

velar la remuneración que recibieron de los abogados de la parte para quien fueron contratados.

VI. Negativa de las partes para presentar las pruebas decretadas por el tribunal

El tribunal arbitral carece de autoridad, respectivamente de *imperium* para ejecutar sus órdenes, por lo cual no tiene la potestad de requerir coactivamente la presencia en el procedimiento de testigos, la presentación de documentos o el acceso a bienes para su inspección.[236] Para aquellos casos en que la parte se rehúsa a cumplir las órdenes probatorias expedidas por los árbitros, éstos tienen las siguientes alternativas:

a. Inferencias adversas e inversión de la carga de la prueba

Cuando las partes, sin justificación alguna, se niegan a presentar las pruebas ordenadas por el tribunal arbitral, la sanción frecuentemente empleada no es jurídica, sino fáctica: el tribunal arbitral deriva las inferencias adversas que considera procedentes, concluyendo que la prueba dejada de allegar es contraria a los intereses de esa parte renuente.[237] El resultado es la inversión de la carga de la prueba: es la parte que se negó a tal producción, sin que existiera justificación para su renuencia, la que tendrá que demostrar que tales hechos no son ciertos.[238]

Diversos Reglamentos Arbitrales, tales como las Reglas IBA y la Ley de Arbitraje inglesa, estipulan la aplicación de inferencias adversas para aquellos casos en que las partes, sin excusa alguna, han dejado de revelar cierta información o presentar determinada prueba, pues en estos eventos se considera que las partes actúan de mala fe, pudiendo el tribunal arbitral incluso imponer una sanción de costas en contra de la parte renuente.[239]

---

[236] González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 550.

[237] González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª Ed., p. 544. *Ver también,* Tercier, Pierre & Tetiana Bersheda. *Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint*, en The Search for «Truth» in Arbitration Is Finding the Truth What Dispute Resolution Is About?, ASA Special Series n.° 35, Juris, 2011, pp. 100, 101.

[238] Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Philippe Bärtsch. *Discovery in International Arbitration: How much is too much?* Schieds VZ 2004, Heft 1, p. 21.

[239] *Ver* Reglas IBA, art. 9(5) (6); *ver también* Ley de Arbitraje Inglesa, art. 41(7): «If a party fails to comply with any other kind of peremptory order, then [...] the tribunal may do any of the following: (a) direct that the party in default shall not be entitled to reply upon any allegation or material which was the subject matter of the order; (b) draw such adverse inferences from the act of noncompliance as the circumstances justify; (c) proceed to an award on the basis of

Además, las Reglas IBA fueron innovadoras en la medida en que las Reglas ofrecen una herramienta suplementaria o alternativa para sancionar a las partes renuentes. En efecto, el art. 9.7 de las reglas IBA prevé que «Si el tribunal arbitral determina que una parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el tribunal arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba».[240]

b. Asistencia de cortes nacionales

Según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el tribunal arbitral o las partes pueden buscar la asistencia de las cortes domésticas para buscar la ejecución de la orden procedimental decretando la prueba.[241] Algunas legislaciones europeas también permiten, expresamente, que el tribunal arbitral solicite a una corte local su colaboración en la obtención de las pruebas.[242] Éste es el caso, por ejemplo, de Inglaterra, Suiza, Alemania y los Países Bajos, cuyas legislaciones prevén la posibilidad de que los árbitros acudan a las cortes locales para que éstas los asistan en la recepción de la evidencia decretada.[243] La misma situación se observa en Latinoamérica en legislaciones de países como Brasil, México, Bolivia y Perú, entre otros.[244]

Sin embargo, debido precisamente al carácter transnacional del arbitraje internacional, la mayoría de las veces la prueba se encuentra en un país distinto al del foro de arbitraje y como se observará más adelante, sólo en pocos casos existe la posibilidad para el tribunal arbitral de requerir, efectivamente, la ayuda de las cortes de otro país, pues pocas legislaciones consagran tal opción. Por esta razón, se ha sugerido que los árbitros internacionales sean facultados para imponer sanciones diarias en contra de

---

such materials as have been properly provided to it; (d) make such order as it thinks fit as to the payment of costs of the arbitration incurred in consequence of the non-compliance».

240 Tercier, Pierre and Tetiana Bersheda, *Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint*, en The Search for «Truth» in Arbitration Is Finding the Truth What Dispute Resolution Is About?, *ASA Special*, Series n.° 35, Juris, 2011, p. 101.

241 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 27.

242 *Ver, al respecto,* Marriot, Arthur L. «Evidence in International Arbitration». *Arbitration International*, vol. 5, n.° 3 (1989), pp. 280-290, p. 4.

243 Ley de Arbitraje inglesa de 1996, art. 43; Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, art. 184; Código de Procedimiento Civil alemán, art. 1036; Nuevo Código de Procedimiento Civil holandés, §§ 1039(3), 1041.

244 *Ver, por ejemplo,* Ley de Arbitraje de Brasil, art. 22(2); Código Comercial de México, art. 1444; Código de Procedimiento Civil de Bolivia, art. 745; Ley de Arbitraje de Perú, arts. 40 y 116.

las partes que se rehúsen a cumplir con el decreto de pruebas por ellos emitido.[245] Esto es aceptado en Francia, por ejemplo, en donde se pueden imponer sanciones pecuniarias, conocidas como *astreinte,* por la falta de cumplimiento de una orden previa.[246] También es encontrado en leyes de Bélgica (art. 1709 del Código Judicial) y los Países Bajos (art. 1056 del Código de Procedimiento Civil).[247]

Como se anunció previamente, son pocas las legislaciones que permiten que un tribunal arbitral internacional solicite la asistencia de las cortes de otro país. Éste es el caso de Suiza, en donde hay una enérgica cultura pro-arbitraje, y de los Estados Unidos de América, a través del estatuto 28 U.S.C. § 1782, cuya aplicación está limitada a aquellos casos en que la parte frente a la que se solicita la prueba tiene residencia en los Estados Unidos de América.

Las cortes suizas, por su parte, prestan asistencia jurídica a tribunales arbitrales extranjeros de manera directa. No requieren que el pedido de asistencia jurídica provenga de una corte, sino que permiten que el tribunal arbitral directamente solicite a la corte suiza su asistencia.[248]

Las leyes de los Estados Unidos de América también tienen un alcance muy amplio, y permiten utilizar el estatuto 28 U.S.C. § 1782, a fin de lograr la obtención de pruebas en arbitrajes comerciales privados que tienen lugar fuera de los Estados Unidos de América. En el año 2004, la Corte Suprema de este país resolvió, en el caso *Intel Corporation vs. Advanced Micro Devices Inc.*,[249] que la norma citada no obligaba, pero facultaba a los tribunales arbitrales estadounidenses a prestar asistencia judicial a organismos jurisdiccionales extranjeros, considerando incluido dentro del alcance de la norma a los tribunales arbitrales.[250] Sin embargo, esta postura no es mayoritaria entre los distintos circuitos federales, existiendo una serie de decisiones que estiman que la sección 1782(a) no se aplica a la asistencia judicial a los tribunales arbitrales situados en el extranjero.[251]

---

[245] Derains, Yves. «Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint». En *Document Production in International Arbitration*, *ICC Bull. Special Supplement*, 2006, 83 at 91.

[246] Lévy, Laurent. «Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse», 19 *ASA Bull.* (2001), p. 21.

[247] *Ibidem*.

[248] *Ver* Poudret, Jean-François & Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd Ed., 2007, para. 597.

[249] Intel Corp. vs. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004).

[250] Intel Corp. vs. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004), p. 258.

[251] Mereminskaya, Elina. *Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas,* p. 7, en http://www.camsantiago.com/articulos_online/Elina%20Mereminskaya%20-%20Fraccionamiento%20jurisdiccional.pdf, citando a

Para que se pueda dar aplicación a la sección 1782, se requiere que: (i) la solicitud sea hecha por un tribunal arbitral internacional o extranjero, o por una persona interesada; (ii) la solicitud busque obtener pruebas; (iii) las pruebas deben ser para el uso dentro de un procedimiento ante un tribunal arbitral internacional o extranjero; y (iv) la persona con respecto a quien se pretende la presentación de pruebas debe residir o ser localizada en el distrito de los Estados Unidos de América donde opere la Corte Distrital.

Este mecanismo permite a partes que llevan a cabo un arbitraje en un país europeo (donde la práctica del *discovery* es limitada) de hacer uso de herramientas de mayor alcance en países de tradición *common law*, donde el *discovery* es más amplio. Sin embargo, es necesario volver a llamar la atención en cuanto a que la acción prevista en la sección 1782 sólo opera cuando la parte frente a la que se solicita la prueba reside en los Estados Unidos de América.

VII. Prueba obtenida ilegalmente

Existe en el escenario del arbitraje internacional controversia acerca de la admisibilidad o rechazo de la prueba que ha sido obtenida ilegalmente por las partes. A nivel de culturas legales, este tema también ha sido debatible y no existe acuerdo general al respecto.

En el arbitraje internacional, es el tribunal arbitral el llamado a admitir o rechazar la prueba ilegalmente obtenida. Para poder tomar esta decisión, el tribunal arbitral debe, antes que nada, determinar cuál es la ley aplicable, pues sólo con base en ésta se podrá establecer si la prueba fue, en efecto, obtenida ilegalmente o no. Por ejemplo, en ciertos países, como Alemania, es ilegal hacer grabaciones sin autorización, mientras que en otros, como en Inglaterra, hay más flexibilidad y está permitido.

No hay unanimidad de criterios acerca de cuál será la ley aplicable y en términos generales la determinación de la misma varía, pero la discusión se circunscribe a las siguientes posibilidades: (i) ley donde se encuentra la prueba o donde se ha obtenido ilegalmente; (ii) ley del foro del arbitraje; o (iii) ley de la residencia de la parte que ha obtenido ilegalmente la prueba.

Schaner, Lawrence. «Recent Decisions of U.S. Courts Concerning 28 U.S.C. § 1782». En *ABA Section of International Law*, 2009, pp. 1-5, www.abanet.org.

Una vez el árbitro internacional haya establecido que la prueba fue obtenida ilegalmente, surge una pregunta de admisibilidad, y es el tribunal arbitral quien tiene la facultad de resolverla según la ley del arbitraje.

A nivel de sistemas jurisdiccionales, existen diversidad de posiciones frente a la admisibilidad de la prueba ilegalmente obtenida. En el derecho anglosajón, la perspectiva general ha sido que la prueba ilegalmente obtenida puede ser admitida al proceso, en la medida en que ésta no desempeñe un rol central en la toma de decisión, pero resulte relevante al proceso. Las cortes inglesas no adoptan una posición rígida frente a la máxima que sostiene que el peticionario debe tener «manos limpias».[252] La falta de «manos limpias» o buena fe, sólo conllevará a la negativa de la pretensión solicitada si la ilegalidad resultó esencial y necesaria al otorgamiento de la petición.[253] La posición de las cortes inglesas es que, en la medida en que la prueba resulte relevante, la administración de justicia no debe verse comprometida y privada de hacer uso de tal evidencia por la ilegalidad en su obtención.[254]

Una situación similar existe en Suiza, en donde según la jurisprudencia de la Corte Suprema el interés en descubrir la verdad prima sobre los cuestionamientos de ilegalidad. En Suiza el tribunal arbitral al igual que el juez, tienen que hacer un balance de intereses, pero en la mayoría de los casos va a prevalecer el interés en llegar a la verdad.[255] En consecuencia, en estas jurisdicciones la prueba ilegalmente obtenida debe ser exhibida en su totalidad a la contraparte.

Sin embargo, en muchos países de la Europa Continental, tales como Alemania, Bélgica y España, la prueba ilegalmente obtenida no debe ser admitida dentro del proceso. En Irlanda, el juez tiene la discrecionalidad de evaluar la prueba obtenida en violación de una ley, pero si fue obtenida en violación de la Constitución, ésta no puede ser admitida.[256] Situación similar ocurre en Latinoamérica, en donde en la mayoría de países la prueba producida ilegalmente no resulta admisible y no puede ser

---

[252] El principio de «manos limpias» es propio del *equity* inglés y significa que una parte sólo puede hacer una petición jurídica si previamente no ha actuado de mala fe y si la petición misma no es de mala fe; se sintetiza en la máxima que *those seeking equity must do equity*.

[253] PLC UK Dispute Resolution, *Illegally obtained evidence may be admissible in application for equitable remedy,* PLC UK Public Sector, enero 2007, en http://dispute.practicallaw.com/1-213-8953.

[254] McKay, Hugh and Nicola Shaw. *Whatever Means Necessary,* at http://www.taxbar.com/documents/Whatever_Means_Nicola_Shaw.pdf.

[255] *Ver* jurisprudencia de la Corte Suprema Suiza, caso 5P.308/1999; ver también Habscheid, Walter J. *Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln*, SJZ 89, 1993, p. 185.

[256] *Ver* E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the Euro-*

utilizada por las cortes. En Colombia, por ejemplo, la Constitución Política de 1991, art. 29, consagra que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.[257]

De conformidad con los reglamentos internacionales arbitrales, se podría interpretar que la prueba ilegal resulta inconsistente con los principios de igualdad, buena fe y equidad inherentes a cualquier arbitraje, por lo cual debería ser inadmitida.[258] De hecho, en el laudo del arbitraje NAFTA Methanex contra México, los documentos obtenidos por medios ilegales fueron considerados inadmisibles.[259] En el mismo sentido, el laudo arbitral del caso CIADI entre *EDF (Services) Ltd. vs. Romania*[260] también confirma que la prueba procurada por medios ilegales o impropios no es admisible en el arbitraje internacional.[261]

En otros contextos, tribunales arbitrales internacionales han cuestionado la admisibilidad de la prueba cuando tal prueba fue obtenida «de un modo en que la corte lo considere perjudicial al orden público y que no desea incentivar».[262]

VIII. Conclusión

En Europa, la cultura del proceso ante las cortes estatales es fraccionada y diversa, por cuanto existen distintos conceptos, usos y costumbres, especialmente entre el derecho procesal anglosajón y el europeo continental. Como hemos demostrado en este artículo, el arbitraje internacional, por su carácter transnacional y por la pluralidad cultural entre sus actores y partícipes, ha asistido a generar un acercamiento entre esas diferentes culturas y criterios. Así, el arbitraje internacional ha creado toda una dinámica de armonización y ha ayudado a la importación de ciertas ideas del procedi-

---

pean Union, 30 de noviembre de 2003, en http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/eu_fund_rights/CFR-CDF_opinion3-2003.pdf.

257 *Ver también* Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

258 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, arts. 15(1), 25(6); Reglas IBA, preámbulo inciso 3.

259 Mistelis, Concise International Arbitration, Kluwer Law international, p. 207.

260 *EDF (Services) Ltd. vs. Romania*, ICSID Caso ARB/05/13, Orden Procedimental n.° 3 de 29 de agosto de 2008, ¶¶ 36-38.

261 Roney, David P. «The Advocate's Response to Guerrilla Tactics in International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct». *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 7, issue n.° 2, November 2010, p. 6.

262 Reisman, W. Michael & Eric E. Freedman. *The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication*, 76 AM. J. INT'L L. 737, 745 (1982); *ibid.*, 738 («the international tribunal must be very sensitive to the provocativeness of an unlawful gathering of evidence and the consequences it may precipitate …».

miento estatal de la Europa Continental al de la Europa anglosajona y viceversa. Un ejemplo de esto se observa en el Reglamento de la LCIA, que prevé una práctica que ha sido considerada como propia de la Europa Continental, cual es el que las partes sometan los documentos en los que basan sus pretensiones junto con sus escritos de demanda y contestación.[263] Otro ejemplo es el visto en Alemania, en donde se ha introducido dentro su práctica procesal ante las cortes estatales la posibilidad de que el juez ordene la producción de documentos que estén en posesión de la contraparte o un tercero, y en cuyo contenido la parte se basa para fundamentar su posición.[264]

Nos encontramos entonces frente a un proceso de simbiosis de culturas jurídicas que va evolucionando a través de los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones arbitrales (IBA, CCI, Reglas Suizas, LCIA, CIRDI, AAA/ICDR, etc.), de guías sobre la conducta del arbitraje (Reglas IBA, Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral, etc.), y de la misma práctica arbitral de ambas tradiciones legales. Dentro de este contexto, vale la pena resaltar el rol que han desempeñado las Reglas IBA, que en la actualidad son adoptadas y forman parte del instrumentario habitual de cada árbitro. Dichas reglas han tenido una función central en promover la convergencia de conceptos procesales europeos.

Así, a través de estas prácticas en el arbitraje internacional nos estamos acercando a una situación donde verdaderamente hay una fusión jurídico-cultural en el derecho de la prueba, alcanzando el ideal de que las partes de distintos países europeos tengan las mismas herramientas y conocimientos legales, y por ende, no prevalezcan los choques culturales dentro del proceso. De este modo, se está llegando a la meta de todo derecho procesal, cual es el asegurar la máxima igualdad entre las partes, y la máxima eficiencia del proceso.

[263] Reglamento de la LCIA, art. 15.6.
[264] Código del Proceso Civil alemán, §142.

La renuncia a la acción de anulación

Diego Saavedra Silvela

Sumario: I. Introducción.— A. El doble control judicial.— B. Disfunciones provocadas por el doble control judicial.— C. Deslocalización del arbitraje y laudos flotantes.— D. Coordinación de las sentencias de anulación.— II. Principales ventajas e inconvenientes de la renuncia para las partes.— A. Se evitan las disfunciones provocadas por el doble control judicial y la *finality*.— B. Impide que un laudo viciado pueda ser anulado.— III. Regulación de la renuncia en los distintos Estados.— A. Estados que permiten la renuncia.— B. Estados que prohíben la renuncia.— C. Estados que no regulan la renuncia; la Ley Modelo.— D. El caso de España.— E. La renuncia desde la perspectiva de los derechos humanos.— IV. Conclusión.

> *For the actors in international commerce, it is the worst of both worlds when agreement to arbitration results in both arbitration and litigation.*[1]
>
> M.B. Feldman

I. Introducción

La renuncia a la acción de anulación, también denominada pacto de exclusión («*exclusion agreement*»), supone el acuerdo de las partes, en la propia cláusula arbitral o en un momento posterior, de excluir la posibilidad de impugnar ante los tribunales el laudo que se dicte.

---

[1] Cita de Feldman M.B. en Berger, K.P. «Modern Trend towards Exclusion of Recourse against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective». *12 Fordham International Law Journal,* 1988-1989, p. 605.

A través del pacto de exclusión, se persigue evitar que, una vez finalizado el arbitraje, el litigio se perpetúe con la interposición de la acción de anulación para intentar dejar el laudo sin efecto.[2]

Si al someterse a arbitraje las partes han podido excluir la vía judicial, es lógico pensar que puedan querer excluir también la impugnación judicial del laudo.[3]

En la mayoría de los ordenamientos, la única vía «ordinaria» de impugnación que cabe contra el laudo es la acción de anulación[4] aunque algunos permiten también una apelación en cuanto al fondo, que es voluntaria.[5] La renuncia o pacto de exclusión afecta a cualquier vía ordinaria de impugnación del laudo, ya que está comúnmente aceptado que no cabe renunciar al ejercicio del recurso de revisión u otros recursos extraordinarios.[6]

Todos los ordenamientos reservan a sus tribunales la competencia para conocer de la acción de anulación ejercitada contra un laudo dictado en su territorio. A nivel internacional, el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York en 1958 (el «Convenio de NY») recono-

---

2 LEW, J.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL (editores). «Chapter 25 Challenges to Award», *Comparative International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 2003, p. 684, distinguen *exclusion* y *waiver*. *Waiver* se refiere a la renuncia tácita a las facultades de impugnación de un laudo cuando la parte ha consentido una irregularidad durante el proceso sin ponerlo de manifiesto y objetar oportunamente. La renuncia tácita, regulada de manera casi uniforme en prácticamente todos los ordenamientos (corresponde con el art. 4 de la Ley Modelo) y reglamentos arbitrales que hemos analizado, se refiere a cuestiones dispositivas como competencia del tribunal arbitral o irregularidad en el proceso; no nos referimos a esta cuestión.

3 BORN, G. «International Commercial Arbitration». *Kluwer Arbitration*, 2009, p. 2662.

4 La vía «extraordinaria» es la revisión o revocación de laudos, según la denominación que reciba de los distintos ordenamientos, que se remite a la regulación de la revisión de sentencias firmes; se prevé para situaciones jurídicas distintas de la acción de anulación, como por ejemplo que la resolución se hubiese dictado mediando cohecho, violencia o maquinación fraudulenta, *vid.* CREMADES, B.M. y A. MARTIN BLANCO. «El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España», *Spain Arbitration Review*, n.° 3, 2008, p. 6.

5 La impugnación judicial del laudo (internacional) no permite una revisión en cuanto al fondo (o ésta es la intención de la Ley Modelo, que coincide con el Convenio de NY), aunque hay países que permiten apelaciones frente a un tribunal judicial en cuanto al fondo mediante un sistema de *opt-in*, es decir, si así lo prevén las partes (es el caso de Italia, Francia, Suecia, Portugal y Malta) o de *opt-out*, es decir, salvo que las partes lo excluyan, como es el caso de Inglaterra. Hay países que prevén una segunda instancia arbitral si así se pacta (Bélgica, Suiza, Suecia, Holanda y Polonia).

6 MAYER, C.U. «Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act». *ASA Bulletin*, 1999, vol. 17, issue n.° 2, pp. 191-210, p. 206.

ce, en su artículo V.1.e, que los únicos jueces competentes para anular un laudo son los del lugar en que se dicta.[7]

La elección de la sede es clave, entonces, para determinar el marco jurídico del arbitraje, los motivos de anulación[8] y sus consecuencias[9] y, en definitiva, para determinar la competencia de los jueces para la anulación del laudo.[10]

A. Doble control judicial

Dado que la elección de la sede puede responder a que es un foro neutral para las partes, es frecuente que el laudo no se ejecute en el Estado donde es dictado sino en otro lugar. Precisamente, éste es el objeto del Convenio de NY, que regula las condiciones mínimas, pero fundamentales, que debe reunir un laudo para que pueda ser ejecutado en alguno de los 146 Estados contratantes.

Por tanto, en la práctica se produce un doble control judicial del laudo: el que se efectúa en la sede del arbitraje, y que puede resultar en la anulación del laudo de conformidad con su derecho interno y, por otro lado, el que se efectúa en el lugar donde se pretende ejecutar.[11]

---

7 También son competentes para anular un laudo los tribunales del lugar *conforme a cuya ley* se dicta el laudo, aunque en la práctica es muy raro que sean distintos de los del lugar en que se dicta el laudo; así Virgos, M. «Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958». En *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, disponible en: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1660/documento/art02.pdf?id=2160; Poudret, J.F. y S. Besson. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruylant, 2002, p. 92, también dicen que es de escasa aplicación en la práctica y añaden, p. 101, que es una fuente de complicaciones inútiles.

8 Los motivos de anulación pueden ser diferentes, p. ej., Italia prevé como motivo de anulación la extemporaneidad del laudo, al contrario que la mayoría de los demás Estados; o pueden recibir diferentes denominaciones aunque sean parecidos, p. ej., el motivo de que los árbitros han resuelto sobre una materia que no es susceptible de arbitraje (arbitrabilidad) no es un motivo de anulación específico en Holanda, sino que se integra dentro del motivo «*convenio arbitral válido*», *vid.* Van der Bend y B.M. Leitjen *et al* (editores), «Part III: Post-Arbitration Court Proceedings», Chapter 1: Setting Aside, in *A Guide to the NAI Arbitration Rules Including a Commentary on Dutch Arbitration Law*. Kluwer Law International, 2009, pp. 259-273, p. 284.

9 Hascher, D.T. «Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 1996, vol. 12, issue n.° 3, pp. 233-267, p. 260. En la mayoría de los países, la anulación del laudo faculta a las partes a volver a iniciar un arbitraje y en otros, como Holanda, implica que las partes han de acudir a la jurisdicción, salvo que hayan pactado otra cosa.

10 Virgos, M. *Op. cit.*

11 Los tribunales de la sede del arbitraje gozan de la denominada «jurisdicción primaria», por contraste con los que tienen «jurisdicción secundaria», que son los juzgados de otros países cuya

B. Disfunciones provocadas por el doble control judicial

La regla general es que la anulación del laudo en el Estado en que se ha dictado impide su ejecución en todos los demás Estados contratantes,[12] pues así lo establece el art. V.1.e del Convenio de NY.[13]

Pero, esto puede implicar que se deniegue la ejecución de un laudo en un Estado porque ha sido anulado en origen por un motivo que no existe como causa de anulación de laudo en el lugar de ejecución.[14]

Por ello, esta regla general tiene excepciones: hay casos en que los tribunales de un Estado aceptan la ejecución de un laudo anulado por los tribunales del lugar donde fue dictado. Estas situaciones pueden provocar que la resolución en un Estado sobre la anulación de un laudo resulte contradictoria con la resolución en otro Estado sobre la ejecución de ese mismo laudo.

Así, pueden darse varios escenarios.

---

jurisdicción se limita a la decisión de si el laudo puede ser ejecutado en ese país, pero no pueden anularlo. Así lo define la Sentencia del *Court of Appeals, 5th Circuit,* federal norteamericano en el caso *Karaha Bodas* (2004); ver también BORN, G. *Op. cit*.

12 REMÓN PEÑALVER, J. «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público». *Spain* Arbitration Review, n.° 1, 2008, pp. 115-132, p. 117.

13 DÍEZ-HOCHLEITNER, J. e I. HEREDIA CERVANTES. «Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen». *Spain Arbitration Review*, n.° 13, 2012, pp. 93-108, p. 99, explican que el Convenio de NY apuesta por un modelo localizador del arbitraje, es decir, que las autoridades judiciales del Estado de origen tienen competencia con alcance universal y exclusivo para la anulación o suspensión del laudo. Explican que la negación de la eficacia a los laudos anulados o suspendidos en aplicación del art. V.1.e) del Convenio de NY es una tendencia casi unánime fuera de Francia, incluyendo España.

14 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, vol. LVII, pp. 605-637, explica que el art. IX de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Ginebra en 1961, limita los efectos del art. V.1.e del Convenio de NY: la anulación de un laudo en la sede supone un motivo de denegación de la ejecución en el territorio de un Estado contratante sólo si la anulación se ha basado en uno de los motivos del art. IX, no siendo el orden público, por ejemplo, uno de ellos. Sobre la interacción entre el Convenio de NY y el Convenio de Ginebra de 1961, *vid*. POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit.*, p. 962 y ALFONS, C. «Recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literatura», Peter Lang, 2010; también se trata en el caso *Ciments Français* (2011), Sentencia del Tribunal de Comercio de Kemerovo (Rusia) de 20 de julio de 2011.

(i) Caso Putrabali (2007), en el que se ejecuta un laudo anulado

Existen casos de ejecución de laudos extranjeros anulados por los tribunales de la sede del arbitraje: destacan *Norsolor* (1984), *Hilmarton* (1994), *Putrabali* (2007) como exponentes de la evolución de la jurisprudencia en Francia,[15] *Chromalloy* (1996) en EE.UU., *Yukos* (2009) en Holanda y *Ciments Français* (2011) en Rusia, en los que los tribunales permiten la ejecución de un laudo anulado si la ley nacional es más favorable que el Convenio de NY.

Hascher explica que la solución ofrecida por los tribunales franceses en estos casos impide la uniformidad.[16] Mientras que un laudo anulado puede ser ejecutado en algunos países, el segundo laudo que se dicte, es decir, el que se dicte tras la remisión del asunto al tribunal arbitral, podrá ser ejecutado en otros países: el segundo laudo no podrá ser ejecutado en el país donde se ha ejecutado el primer laudo, pues estarían en conflicto y sería contrario a la orden de ejecución.[17]

(ii) Caso Dallah (2010), en el que se deniega la ejecución de un laudo confirmado

Otro caso puede ser que un laudo se «confirme» en la sede (es decir, la acción de anulación ejercitada sea desestimada), pero que un tribunal de otro país rechace la ejecución de ese laudo en su territorio por estimar que ha vulnerado el derecho de la sede.

Born explica que el Tribunal Supremo inglés rechaza la ejecución en Inglaterra de un laudo dictado en Francia en un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) basándose en la falta de competencia —según derecho francés— del

---

15 *Putrabali vs. Rena Holding*, Sentencia de la *Cour de Cassation* de 29 de junio de 2007, caso muy comentado por la doctrina francesa, *vid.* Polkinghorne, M. «Recent decision confirms France readiness to enforce international arbitral awards annulled at place of arbitration». *Newsletter of the Arbitration Committee of the Legal Practice Division*, IBA, 2006; Pinsolle, P. «The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2008, vol. 24, issue n.° 2, pp. 277-295, que explica que este caso responde a la visión deslocalizada del arbitraje que tienen los tribunales y de la mayoría de la doctrina franceses, yendo un paso más allá que en Hilmarton (1994) —que establece que el laudo internacional no está integrado en el sistema legal nacional del lugar donde se dicta— y sostiene que el laudo internacional no está integrado en *ningún* sistema legal estatal.

16 Hascher, D.T. *Op. cit.*, p. 263.

17 En el caso *Putrabali* (2007), la *Cour de Cassation* francesa denegó el reconocimiento del segundo laudo por resultar irreconciliable con la orden de ejecución del primer laudo (anulado), cuyo reconocimiento y ejecución se había solicitado —y concedido— con carácter previo, habiendo adquirido fuerza de cosa juzgada la sentencia por la que se concedía el exequátur.

tribunal arbitral, mientras que la acción de anulación se desestimó por la *Cour d'Appel* de París, basándose en el mismo motivo.[18]

C. Deslocalización del arbitraje y laudos flotantes

Esto explica que haya una corriente (Fouchard, Gaillard)[19] que aboga por que el control del laudo no se produzca en la sede del arbitraje sino únicamente en el lugar de ejecución.

El argumento es que el laudo internacional forma parte de un sistema internacional autónomo y auténticamente transnacional, desligado de cualquier sistema jurídico y que «flota» por encima de las distintas esferas jurídicas nacionales hasta que entra en contacto con algunas de ellas para ser ejecutado:[20] sólo en ese momento tiene sentido controlar que el laudo cumple los requisitos establecidos por ese ordenamiento, evitando el doble —y posiblemente inútil— control judicial.

Mientras no se pida la ejecución, y el laudo no entre en ninguna esfera jurídica local, no hay necesidad alguna de poner a disposición de las partes (normalmente extranjeras) el aparato (costoso) de las jurisdicciones nacionales.[21]

Se produce así lo que se conoce como la deslocalización del arbitraje: se trata de suprimir el control del laudo por los tribunales de la sede, teniendo en cuenta que el laudo será controlado por el Juez del exequátur en el país donde se quiera ejecutar;[22] resultaría irrelevante, en consecuencia, el lugar donde fue dictado.

D. Coordinación de las sentencias de anulación

Poudret[23] considera que los recursos contra el laudo son una garantía imperativa y que es poco probable que los Estados acepten renunciar a todo control sobre los arbitrajes que tienen lugar en su territorio.

---

18 El caso *Dallah vs. Pakistán*, comentado —y criticado— por BORN, G. «Dallah and the New York Convention». *Blog Kluwer Arbitration*, 7 abril 2011.

19 FOUCHARD, P. «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», *Revue de l'Arbitrage,* Comité Français de l'Arbitrage, 1997, n.° 3, pp. 329-352; FOUCHARD, P., E. GAILLARD y B. GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. Kluwer International Law, 1999, p. 50.

20 REDFERN, A. y M. HUNTER. «Law and practice of international commercial arbitration». Thomson, 2005, p. 90.

21 SCHULTSZ, J.C. «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage». *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 1988, Issue 2, pp. 209-222, p. 219.

22 Para una explicación completa de la deslocalización del laudo, *vid.* VIRGOS, M. *Op. cit.*

23 POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit*., p. 964.

Hay determinados motivos de anulación a los que resulta de aplicación la ley de arbitraje de la sede (p. ej., la validez del convenio arbitral, la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral) que no tiene sentido que sean analizados por los tribunales del lugar de la ejecución aplicando un derecho que les es desconocido.

La exclusión del control judicial en la sede del arbitraje implica que el juez del exequátur se erija en censor de la jurisdicción de la sede, que ha sido elegida por las partes y está mejor situada para aplicar su propia ley de arbitraje.[24]

Según Poudret, es particularmente apropiado que los tribunales del lugar del arbitraje ejerzan su función de control por razón de su neutralidad, que será aún mayor en el caso en que ninguna de las partes tenga conexión con la sede; propone que se intente coordinar las sentencias que resuelven las acciones de anulación con las que resuelven los exequátur, reconociendo la autoridad de cosa juzgada de las primeras sobre las segundas en cuanto a las cuestiones debatidas, lo cual aligeraría los motivos de oposición en el ámbito de los exequátur.[25]

Pero esta solución, en opinión de Poudret, es concebible en el seno del espacio judicial europeo, asentado sobre la confianza recíproca entre los jueces, pero no lo es a escala mundial.[26]

---

[24] Poudret J.F. y S. Besson. *Op. cit.*, pp. 962-963.

[25] En el mismo sentido, Hascher, D.T. *Op. cit.*, p. 265, propone que se otorguen efectos internacionales a las sentencias sobre anulación de laudos. Según Hascher, las cuestiones determinadas por el juzgado de la anulación no deberían ser re-litigadas ante el juzgado de la ejecución; dice que la falta de control judicial del laudo en el país donde se dicta resulta en un caos, al igual que ignorar la decisión de la anulación. También, Van den Berg, A.J. «Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia». *Journal of International Arbitration* 27(2), 2010, pp. 179-198 en el que comenta el caso *Yukos* (2009): en su opinión, la anulación de un laudo en el lugar donde es dictado tiene efectos *erga omnes*. También, Díez-Hochleitner, J. e I. Heredia Cervantes. *Op. cit.*, explican que según el Convenio de NY las autoridades judiciales del Estado de origen tienen competencia con alcance universal y exclusivo para la anulación o suspensión del laudo.

[26] Según explica Gómez Jene, M. «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento n.° 44/2001». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, n.° 1, pp. 339-358, el informe Heidelberg —sobre la modificación del Reglamento comunitario n.° 44/2001 para incluir el arbitraje en su ámbito de aplicación— propone, para eliminar el doble control, que se suprima totalmente el procedimiento de exequátur de los laudos *intracomunitarios* y que el control del laudo solamente se pueda realizar en la sede del arbitraje.

II. Principales ventajas e inconvenientes de la renuncia para las partes

La decisión de mantener o no el doble control judicial del laudo corresponde a las partes, que pueden optar, donde así esté permitido, por renunciar o excluir la acción de anulación.[27]

A. Se evitan las disfunciones provocadas por el doble control y la *finality*

El pacto de exclusión y la denominada deslocalización del arbitraje tiene como ventaja principal eliminar el riesgo de decisiones judiciales contradictorias, ya que el único control judicial del laudo se efectúa en el lugar donde va a ser ejecutado.

Remón identifica también, entre otros argumentos en apoyo de la renuncia a la acción de anulación,[28] el de la eficacia y el evitar que las partes planteen estrategias defensivas para preconstituir motivos de anulación y maniobras dilatorias tras conocer el laudo.

El argumento de *finality* del laudo se refiere al derecho de las partes a obtener una resolución rápida y final a su controversia[29] por el que se evite que el litigio se perpetúe con la interposición de una acción de anulación.

Pero Remón opina que la acción de anulación no parece que sea ningún obstáculo para el desarrollo de un eficaz sistema arbitral: la eficacia del arbitraje vendrá asegurada, más bien, por la posibilidad de ejecutar el laudo sin esperar a la resolución de la acción de anulación.[30]

---

[27] Es revelador que solamente un Estado, Bélgica, previera (en 1985) la deslocalización *ex lege* de los laudos internacionales dictados en su territorio. Tras recibir fuertes criticas de la doctrina, el legislador belga cambió de parecer en 1998 para pasar a permitir que sean las partes las que opten por someterse al control judicial de la sede para la anulación del laudo o excluirlo a través del pacto de exclusión.

[28] REMÓN PEÑALVER, J. *Op. cit*.

[29] BAIZEAU, D. «*Sukuman vs. The Commonwealth Secretariat, 27 February 2006*». *ASA Bulletin*. Kluwer Law International, 2006, vol. 24, issue n.° 3, pp. 570-572, explica que las partes pueden válidamente optar (y de manera consistente con el art. 6 de la CEDH —derecho a un proceso y a un juez determinado por la ley—) por obtener una resolución rápida y final («*finality*») por encima de la posibilidad de la subsiguiente revisión judicial («*legality*» —por el que las partes pueden esperar que la resolución se base en las normas legales aplicables—). LEW, J.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL. *Op. cit.*, p. 664, también se refieren a la lucha entre la *finality* por oposición a *fairness*.

[30] REMÓN PEÑALVER, J. *Op. cit*.

Es cierto que la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje establecen como regla general la no suspensión de la ejecución del laudo en caso de acción de anulación,[31] aunque hay que mencionar que todos los ordenamientos permiten la solicitud de la suspensión de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación, con o sin caución y en diferentes circunstancias.[32]

B. Impide que un laudo viciado pueda ser anulado

En cambio, la renuncia conlleva que las partes se vean despojadas de la posibilidad de obtener la anulación de un laudo cuya ejecución no sea posible en otro lugar debido a que adolece de defectos significativos; sería por ello imposible para las partes volver a otro arbitraje para obtener un nuevo laudo que sea ejecutable.[33]

En otras palabras, las partes renuncian a la posibilidad de que su laudo sea anulado con efectos *erga omnes*.[34]

---

[31] Bélgica es una excepción: la acción de anulación tiene efectos suspensivos, salvo acuerdo de las partes o que el propio laudo acuerde su ejecución provisional. En España, incluso un laudo extranjero sobre el que pende una acción de anulación en su país de origen puede ser ejecutado, *vid.* el caso comentado por Gutiérrez García de Cortázar, E. «Enforcing a foreign award pending an action to set aside at the seat of the arbitration: the Spanish Example». *Spain Arbitration Review*, n.º 4, 2009.

[32] En España, el art. 45 de la Ley de Arbitraje establece que se podrá suspender la ejecución si el deudor ofrece garantía, lo que implica que el ejecutante en la práctica no percibe el importe de la condena hasta resuelta la acción de anulación, que puede durar un año. En Francia, el art. 1526 del Código de Procedimiento Civil (después de la Reforma de 2011) permite la suspensión si la ejecución es «susceptible de dañar gravemente los derechos de una de las partes». En Holanda, el juzgado puede suspender la ejecución si considera que la petición «está justificada» (art. 1066 del Código de Procedimiento Civil); en Italia, si concurren «motivos graves» (art. 830, *in fine*, del *Codice*). España es, a la postre, la mejor posicionada en cuanto a la protección del acreedor, por ser la única que exige garantía del deudor para la suspensión.

[33] Poudret, J.F. «Challenge and Enforcement of Arbitral Awards in Switzerland». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 1988, vol. 4, issue n.º 4, pp. 278-299, p. 283.

[34] Baron, P.M. y S. Liniger. «A Second Look at Arbitrability». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2003, vol. 19, issue n.º 3, p. 45. Pero, este argumento no es absoluto, *vid.* caso *Putrabali* (2007), en el que se deniega el reconocimiento y ejecución del segundo laudo por ser irreconciliable con el primero. Pinsolle, P. *Op. cit.*, explica que el Convenio de NY es promover el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y no de las sentencias judiciales que los anulan.

Es por ello que, en la práctica, son pocas las partes que han asumido el «riesgo» de excluir todo recurso,[35] opción que no parece aconsejable[36] en la medida en que los motivos de anulación ya se han reducido al mínimo.[37]

III. Regulación del pacto de exclusión en los distintos Estados

La pregunta es si las partes, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, una vez que han podido válidamente excluir la intervención judicial para resolver el fondo de la controversia al haberse sometido a arbitraje, tienen aún libertad para válidamente excluir también cualquier posibilidad de recurso a los tribunales frente al laudo que se dicte.

No existe respuesta a nivel internacional a esta pregunta, por lo que hay que acudir a los ordenamientos internos de cada Estado; y es diferente en todos.

Veremos que hay Estados que optan por permitir a las partes el pacto de exclusión de la acción de anulación en la sede del arbitraje y otros que, en cambio, lo consideran nulo. Veamos a continuación cómo regulan los pactos de exclusión los diferentes Estados en Europa.[38]

A. Estados que permiten la renuncia

1. Suiza

a) Condiciones que debe cumplir el pacto de renuncia y jurisprudencia

La renuncia está expresamente permitida en el ordenamiento federal suizo,[39] siempre que sea expresa y que ninguna de las partes tenga su domicilio, residencia o estable-

---

35 Poudret, J.F. *Op. cit.,* p. 283; J.F. Poudret y S. Besson. *Op. cit.,* p. 828; Samuel, A. *Op. cit*., p. 52; Heuman, L. *Op. cit.*

36 Lew, J.M., L.A. Mistelis y S.M. Kroll. *Op. cit,* , p. 684; Poudret, J.F. *Op. cit.,* p. 283.

37 Briner, R. «National Report-Switzerland». En Van Den Berg, A.J. (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration,* 1989, vol. XIV, pp. 1-44, p. 38.

38 Sobre aquellos ordenamientos que tengan una regulación dualista, es decir, diferente para el arbitraje doméstico y el internacional, nos limitamos a analizar la regulación del arbitraje internacional (p. ej., Suiza, Suecia, Francia y Túnez permiten la renuncia en arbitraje internacional, pero la prohíben en arbitraje doméstico; otros Estados prohíben la renuncia en arbitraje doméstico, pero no la regulan en el internacional, p. ej., Grecia y Polonia).

39 El artículo 192 de la Ley Federal suiza para el Derecho Internacional Privado (LDIP) de 18 de diciembre de 1987, en su versión francesa, titulado «*Renonciation au recours*» dice:

cimiento en Suiza o, en palabras de Poudret, que no tenga vínculo territorial con el país.[40]

La lista de criterios es exhaustiva,[41] con lo que cualquier otra conexión con el territorio es irrelevante; por ejemplo, una compañía extranjera, aunque tenga una filial en Suiza, sí puede realizar pactos de exclusión, porque la filial es una entidad legal distinta.[42]

La renuncia puede ser por todos o sólo por alguno o algunos de los motivos previstos para la anulación del laudo, incluido el de vulneración del orden público.[43]

El Tribunal Federal suizo ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el pacto de exclusión de la acción de anulación.

La primera vez que el Tribunal Federal ha admitido la validez de un pacto de exclusión es en la sentencia de 4 de febrero de 2005,[44] en la que a su vez hace referencia a los 9 precedentes desde 1990 en los que ha tratado, y rechazado, la cuestión de la renuncia al recurso.

«1. Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.

2. Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie».

40 Poudret, J.F. *Op. cit.*, p. 282.

41 Levy, L. y T. Bersheda. «Recent Swiss Developments on Exclusion Agreements». *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, p. 81, explican que la jurisprudencia ha establecido que no pueden añadir condiciones para la validez del pacto de exclusión adicionales a las ya establecidas en el art. 192 LDIP (Sentencia del Tribunal Federal de 5 octubre 2005).

42 Geisinger, E. y V. Frossard. «Chapter 8 – Challenge and Revision of the Award». En Kaufmann-Kohler, G. y B. Stucki (eds). *International Arbitration in Switzerland: a Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International, 2004, p. 153, aunque hay autores que disienten.

43 La posibilidad de excluir el recurso por vulneración de orden público es una particularidad de Suiza y no existe en Bélgica y Suecia. No obstante, no hay precedente en Suiza desde la promulgación de la LDIP en que se haya anulado un laudo por vulneración del orden público, así que su relevancia práctica es reducida según Levy, L. y T. Bersheda. *Op. cit.*, p. 82.

44 Von Segesser, G. *Op. cit.*, en su comentario a la sentencia. La cláusula que la sentencia considera que constituye una exclusión válida decía así: «*All and any awards or other decisions of the Arbitral Tribunal shall be made in accordance with the UNCITRAL Rules and shall be final and binding on the parties who exclude all and any rights of appeal from all and any awards insofar as such exclusion can validly be made*».

Del análisis de los precedentes citados en la sentencia, está claro que se excluye la posibilidad de la renuncia por referencia a reglamentos institucionales[45] o por establecer, simplemente, en el convenio arbitral que la controversia sería resuelta de manera definitiva por los árbitros o de calificar el laudo que se vaya a dictar como final,[46] ya que hace referencia a que no cabe apelación o revisión en cuanto al fondo. Eso sí, la sentencia aclara que no exige la mención expresa al art. 190 de la LDIP para concretar a qué derechos se está renunciando.

Otra sentencia del Tribunal Federal de 22 de marzo de 2007, sobre un laudo dictado en un caso de dopaje en el seno del circuito de tenis profesional masculino ATP, añade que el legislador tenía en mente que la posibilidad de renuncia se aplicaría en el ámbito del arbitraje comercial internacional[47] y, en particular, a los laudos que estarían sometidos al juez del exequátur.

La sentencia concluye que la renuncia del deportista a todo recurso[48] no se realizó con la suficiente libertad, pues no tenía más remedio que suscribirla si quería participar en la competición (es decir, no podía rehusar firmar la renuncia conservando el derecho a participar en la competición), sin perjuicio de que la posibilidad de renuncia no se previó para el ámbito deportivo en el que los efectos de la suspensión de la posibilidad de competir no necesitan de exequátur para su eficacia. La renuncia, por tanto, no es válida ni oponible frente al deportista.

---

45 En los reglamentos de arbitraje de determinadas cortes de arbitraje se prevé una renuncia a los recursos contra el laudo, así por ejemplo, el art. 28.6 del Reglamento CCI (art. 34.6 en la versión 2012) y el art. 26.9 del Reglamento LCIA. La mayoría de la doctrina ya anticipaba que una renuncia indirecta o por referencia a estos reglamentos no sería suficiente (entre otros, Derains, Poudret, Gaillard, Blessing o Briner).

46 Como también anticipaba que sería probablemente insuficiente. BLESSING, M. «The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism». *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 1988, vol. 5, issue n.° 2, pp. 9-82, p. 76. La Sentencia del Tribunal Federal de 15 de febrero de 2010 también confirma que una cláusula que establece que el laudo será final y vinculante no constituye una renuncia válida (KRAUSZ, N. «Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6». *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2011, vol. 28, issue n.° 2, p. 146).

47 Como así se regula expresamente en Suecia.

48 La cláusula decía «*The decisions of the CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable*».

La jurisprudencia posterior del Tribunal Federal ha seguido siempre la misma línea,[49] reflejando la importancia de las palabras utilizadas en el convenio arbitral para determinar de manera clara la intención de las partes, que el Tribunal Federal interpreta de manera restrictiva.

Por fin, el Tribunal Federal en su sentencia de 21 de marzo de 2011[50] confirma su posición al sostener la validez de la cláusula arbitral que decía «*The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law*». El Tribunal considera, como hizo en otras sentencias, que el termino *appeal* incluye la acción de anulación aunque especifica que, dado que los motivos de anulación son varios y se permite la renuncia parcial, para mayor claridad la renuncia total ha de referirse a los recursos en plural.[51]

Si el pacto de renuncia es válido y cumple todos los requisitos, los tribunales suizos deberán desestimar la acción de anulación no basándose en el fondo sino en la falta de jurisdicción.[52]

b) Ejecución del laudo en Suiza

En el caso de ejecución en Suiza del laudo sujeto a este tipo de cláusulas, el art. 192.2 LDIP establece que al laudo le será de aplicación analógica el Convenio de NY.[53]

---

[49] Así, sentencias de 6 de junio de 2007, 6 de marzo de 2008, 21 de agosto de 2008 y 10 de octubre de 2008. La penúltima establece que la intención de las partes debe quedar claramente expresada y sugiere que el pacto de exclusión debería especificar que las partes «se niegan cualquier posibilidad —sujeto a cualquier objeción admisible del demandado en la ejecución— de que el laudo sea anulado por un tribunal judicial aun cuando el laudo padezca de graves irregularidades y vulnere derechos fundamentales de las partes» (traducción libre a partir de una traducción inglesa en Levy L. y T. Bersheda. *Op. cit.*, p. 73).

[50] Caso n.° 4A_486/2010, comentado por Oreamuno, V. en Landrove, J.C., L. Gabus y V. Oreamuno. «Panorama de Jurisprudencia Suiza». *Spain Arbitration Review*, n.° 12, 2011, pp. 101-126, que contiene además un análisis de la jurisprudencia suiza y las distintas cláusulas arbitrales que fueron aceptadas como renuncias válidas.

[51] Por ejemplo, «*exclude all and any rights of appeal*», caso de la sentencia de 4 de febrero de 2005, o «*neither party shall have any right to appeal*», caso de la sentencia de 21 de marzo de 2011.

[52] Mayer, C.U. *Op. cit.*, p. 206. La Sentencia del Tribunal Federal de 6 de marzo de 2008 confirma que es innegable que una exclusión total a la acción de anulación cubre también el motivo relativo a la jurisdicción del tribunal arbitral ya que lo contrario dejaría el pacto de exclusión sin efecto.

[53] Blessing, M. *Op. cit.*, p. 76.

Pero Poudret señala que la LDIP es más liberal que el convenio de NY y que podría darse el caso de que el exequátur se deniega en Suiza cuando el laudo no habría sido anulado.[54]

La regulación en Suiza ha servido de modelo para los ordenamientos belga, sueco[55] y turco.

2. Bélgica

a) Condiciones que debe cumplir el pacto de exclusión y jurisprudencia

Bélgica expresamente permite el pacto de exclusión de la acción de anulación de un laudo, siempre que ninguna de las partes sea una persona física con nacionalidad belga[56] o con residencia en Bélgica o sea una persona jurídica teniendo en Bélgica su centro principal de intereses o una sucursal;[57] por tanto, sólo se permite para personas que han elegido Bélgica como sede del arbitraje, pero que no guardan vínculo alguno con Bélgica.[58]

La sentencia del caso *Cytec vs. SNF* (2009)[59] afirma que la renuncia ha de ser expresa y que no es suficiente un mero reenvío genérico a un reglamento de una institución de arbitraje que contenga esa renuncia, haciendo referencia en concreto al art. 28.6 del Reglamento CCI.[60] Esta sentencia da a conocer el criterio del Tribunal Supremo belga que, al igual que el Tribunal Federal suizo, es restrictivo al interpretar si existe una voluntad clara de las partes en el pacto de exclusión.

---

54 POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit*., p. 831.

55 Para una comparativa entre distintos sistemas, *vid.* LEW, J.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL. *Op. cit*., p. 664.

56 POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit*., p. 832, dicen que la referencia a la nacionalidad no está presente en el modelo suizo o sueco, y podría suponer una discriminación por razón de la nacionalidad incompatible con el derecho europeo.

57 El art. 1717(4) del *Code Judiciare*, tras la reforma de 1998, dice:
«Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles ne soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant un succursale».

58 KEUTGEN, G. y G.A. DAL. «National Report for Belgium (2007)». *International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 1-52, p. 39.

59 *Cytec vs. SNF*, Cour d'Appel de Bruxelles (17e Ch.) de 22 de junio de 2009.

60 En el mismo sentido, BOURNONVILLE, P. de. *Droit judiciaire: L'arbitrage*. Larcier, 2000, p. 217; HANOTIAU, B. «La loi du 19 mai 1998 modifiant la legislation relative a l'arbitrage». *Bulletin ASA,* 1998, p. 533.

b) Ejecución del laudo en Bélgica

En caso de que el laudo se ejecute en Bélgica, no existe una regulación específica que permita la aplicación analógica del convenio de NY.[61]

En consecuencia, la ejecución estaría sometida al régimen general de la ejecución forzosa. Queda sujeta a una decisión de exequátur que prevé un control más limitado que los motivos de la acción de anulación, ya que se limita a los motivos de orden público y arbitrabilidad.[62] Supone, por ello, una protección menor para la parte condenada.[63]

Es de destacar que la acción de anulación tiene efectos suspensivos en la ejecución del laudo, salvo que el propio laudo acuerde su ejecución provisional o las partes hubieran pactado la ejecución del laudo sin perjuicio de la pendencia de la acción de anulación.[64]

c) Alcance de la renuncia

En Bélgica, contra un laudo únicamente cabe la acción de anulación y, si las partes así lo han pactado en el convenio arbitral, cabe apelación a una segunda instancia arbitral, siendo nula cualquier cláusula que acuerde la posibilidad de una apelación judicial contra el laudo.[65] En este caso, la acción de anulación se ejercitaría contra el segundo laudo.

No cabe la renuncia a la anulación, en cambio, por vulneración de la arbitrabilidad y orden público, ya que implican la nulidad absoluta del laudo.[66]

---

61 Como sí existe en Suiza y Perú.

62 Los motivos de anulación de orden público y arbitrabilidad son apreciables de oficio por el juez que conoce de la demanda de anulación (art. 1707.4 del *Code Judiciare*) y de ejecución (art. 1710.3 del *Code Judiciare*).

63 Poudret, J.F. y S. Besson. *Op. cit.*, p. 832.

64 Dupeyre, R. «Jurisprudence de la Cour de Cassation: l'effet suspensif du recours en annulation en matière d'arbitrage CCI». In *Blog Contentieux / Arbitrage International,* 2007. En su artículo, dice que el Tribunal Supremo no considera que la referencia al Reglamento CCI pueda evitar el carácter suspensivo del ejercicio de la acción de anulación.

65 Art. 1703.2 del *Code Judiciare* de 19 de mayo de 1998, aunque rara vez se usa, así van den Berg, A.J. (ed.). «Belgium». *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999, vol. XXIVa, pp. 551-553, en p. 552.

66 Keutgen, G. y G.A. Dal. *Op. cit.*, p. 40; Hanotiau, B. y O. Caprasse. «L'annulation des sentences arbitrales». *Journal des Tribunaux*, 2004, p. 417, van más allá y dicen que las partes ni siquiera podrían consentir ni cumplir el laudo una vez dictado si éste es contrario al orden

d) Regulación anterior y críticas

Con anterioridad a esta reforma de 1998, el Código belga de 1985 establecía que los tribunales belgas sólo podían conocer de una acción de anulación si al menos una de las partes era belga, por lo que cualquier recurso contra un laudo estaba excluido de forma automática si ambas partes eran no-residentes. Se movía de facto el control sobre el laudo al juez del lugar de ejecución.

Esta provisión fue criticada y poco aceptada en la práctica debido a la sorpresa que podía suponer para partes no belgas el verse privadas por ley de la posibilidad de anular un laudo.[67]

En efecto, Gaillard[68] decía que cuando las partes no habían elegido el lugar del arbitraje, las instituciones arbitrales y tribunales arbitrales tenían el extraordinario poder de evadir cualquier acción de anulación simplemente eligiendo Bélgica como lugar de su arbitraje.[69]

3. Suecia

La facultad de renuncia anticipada es novedosa en Suecia respecto de la antigua regulación de 1929,[70] aunque supone la cristalización de la jurisprudencia sueca.[71]

---

público. Esta característica es igual que en Suecia, pero difiere de Suiza donde sí se permite excluir el motivo de vulneración del orden público.

67 SANDERS, P. *Quo vadis arbitration?: sixty years of arbitration practice*. Kluwer Law International, 2009, p. 346.

68 GAILLARD, E. «A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 1988, vol. 4, issue n.° 1, pp. 25-31, p. 30.

69 Pero la regulación también fue criticada por las instituciones arbitrales; la CCI evitó Bélgica como lugar de arbitraje cuando podía determinar el lugar del arbitraje, *vid.* DEMEYERE, L. «1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: An Overview». *Arbitration International*, pp. 295-314, en p. 308, donde hace referencia a VERBIST, H. «Reform of the Belgian Arbitration Law». *RDA/IBLJ 843*, 1998, con un estudio estadístico.

70 HOBER, K. «Arbitration Reform in Sweden». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2001, vol. 17, issue n.° 4, pp. 351-387; también HEUMAN, L. «Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure». *Juris Publishing*, 2003, pp. 711-717, p. 716.

71 Ya desde 1989, el Tribunal Supremo sueco (caso Uganda) había considerado *obiter* la posibilidad de que las partes sin vínculo con Suecia pudieran limitar el derecho a recurrir por defectos de forma, así POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit.*, p. 832; también, MADSEN, F. *A commentary on the Arbitration Act (1999:116) and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. Oxford University Press, 2007, p. 365.

a) Condiciones que debe cumplir el pacto de exclusión

Cuando ninguna de las partes tiene su domicilio o centro de negocio en Suecia, esas partes en una relación comercial[72] pueden a través de un acuerdo expreso[73] y escrito excluir o limitar la aplicación de las causas de anulación relativas de un laudo.[74]

b) Alcance del pacto de exclusión

La renuncia se limita a los supuestos de anulabilidad del art. 34 de la Ley de Arbitraje sueca, excluyendo de esta forma las causas de nulidad absolutas de su art. 33.

La nulidad absoluta implica que el laudo es *inválido* (total o parcialmente); no cabe la exclusión de la acción de anulación por estas causas, que pueden ser invocadas sin plazo en una acción declarativa ordinaria; están reguladas en el art. 33 y son arbitrabilidad, orden público y que el laudo no cumple los requisitos imperativos de constar por escrito y firmado por los árbitros.[75]

Según Heuman,[76] un pacto de exclusión no opera durante el proceso arbitral, así que no puede impedir a una parte impugnar la jurisdicción del tribunal arbitral. No obstante, en conexión con el tribunal arbitral que dirime el asunto, los trabajos preparatorios de la ley sueca revelan que el pacto de exclusión implica que las partes también han renunciado a que un tribunal revise la decisión del árbitro sobre la recusación.[77]

---

72 Franke, U. «National Report for Sweden (2000)» in Paulsson, J. (ed). *International Handbook on Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, pp. 1-26, p. 22. Ésta es una característica única de Suecia, aunque el Tribunal Federal suizo en su sentencia de 22 de marzo de 2007 (caso ATP) también parece limitar la validez de la renuncia al ámbito comercial.

73 No cabe una renuncia por referencia al reglamento de una institución, *vid*. Franke, U. *Op. cit*., y K. Hober. *Op. cit*.

74 El art. 51 de la Ley de Arbitraje sueca de 4 de marzo de 1999 dice:
«Where none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, such parties may in a commercial relationship through an express written agreement exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in section 34.
An award which is subject to such an agreement shall be recognised and enforced in Sweden in accordance with the rules applicable to a foreign award».

75 Franke, U. *Op. cit*., p. 22.

76 Heuman, L. *Op. cit*., p. 716; *contra*, respecto a Suiza, Mayer, C.U. *Op. cit*., p. 204, opina que, a falta de mayor concreción, la renuncia a la acción de anulación en principio no sólo alcanza a anular el laudo final sino también laudos *interim*.

77 Al igual que en Suiza, donde el Tribunal Federal decidió en sentencia de 1 de marzo de 2011 no entrar en el fondo (ni anular el laudo) al existir una renuncia a la acción de anulación, en un caso en que se cuestionaba la imparcialidad de un árbitro.

c) Ejecución del laudo en Suecia

Dado que, al aceptar los pactos de exclusión, el legislador sueco asumía que el laudo sería controlado en el lugar de ejecución,[78] para el caso de que fuera ejecutado en Suecia se considera a los efectos de su reconocimiento y ejecución como un laudo extranjero.[79]

4. Francia

La reciente reforma de la ley francesa ha introducido la posibilidad de renunciar a la acción de anulación en materia internacional,[80] dejando de este modo el control del laudo para los juzgados del país en el que se quiera ejecutar.[81]

Esta reforma responde a la evolución de la jurisprudencia francesa en torno a la idea de la deslocalización del arbitraje y a su visión liberal sobre la existencia de un sistema legal arbitral autónomo y distinto de los diferentes sistemas nacionales.[82]

---

78 HOBER, K. *Op. cit*.

79 Las reglas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros se encuentran en los artículos 54 y 55, que corresponden con el Convenio de NY según POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Op. cit.*, p. 832.

80 El art. 1522 del Código de Procedimiento Civil, reformado por Decreto n.° 2011/48, de 13 de enero de 2011, dice:
«Par convention spéciale, les parties peuvent a tout moment renoncer expressément au recours en annulation.
Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.
L'appel est forme dans le délai d'un mois a compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification a moins que les parties en conviennent autrement».

81 GAILLARD, E. «France Adopts New Law on Arbitration». *NY Law Journal*, vol. 245, n.º 15, 2011, explica que esto es una muestra de la filosofía de ley francesa según la cual el lugar de arbitraje no es la característica más importante de un arbitraje internacional, al contrario del lugar donde se solicita la ejecución del laudo.

82 Lo venían promulgando GAILLARD, E. y P. DE LAPASSE. «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international». *Receuil Dalloz*, 2011, n.° 3, pp. 175-192. NÚÑEZ-LAGOS, C. «The Principles of international arbitration practice in France». In *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. y D. ARIAS (eds), pp. 913-923, p. 921, anterior a la reforma de 2011, explica que la posibilidad de las partes de elegir cualquier foro para la acción de anulación supondría aun más libertad y sería bienvenido desde una óptica de partes que buscan un lugar para su arbitraje.

a) Condiciones que debe cumplir el pacto de renuncia

El Código no impone ninguna condición relativa a la nacionalidad o residencia extranjera de las partes,[83] como hacen otros ordenamientos: una parte francesa puede renunciar a ejercitar un recurso en anulación contra un laudo internacional dictado en Francia.[84] Eso sí, el texto exige un acuerdo especial y una renuncia expresa.

b) Ejecución del laudo en Francia

Si el laudo se intenta ejecutar en Francia, la reforma prevé que las partes pueden apelar la declaración de ejecución por los mismos motivos previstos para la acción de anulación.

De otra forma, es decir, de no haber renunciado las partes a la acción de anulación, la declaración de ejecución no es apelable cuando se refiere a laudos internacionales dictados en Francia (art. 1524 del Código de Procedimiento Civil).[85]

5. Turquía

Al igual que ha hecho con su Código Civil, la Ley de Arbitraje Internacional turca se ha inspirado en la LDIP suiza, así como en la Ley Modelo.[86]

---

[83] Como hacen los ordenamientos suizo, belga y sueco; esta característica de Francia es, pues, única entre los Estados que permiten la renuncia. En opinión de Montero, F.J. y F. Bedoya. «La renuncia a la acción de anulación en la nueva ley de arbitraje francesa». *Spain Arbitration Review*, n.° 11, 2011, el régimen francés goza de mayor coherencia que el belga o el suizo: «si de verdad se considera que mediante dicha renuncia no se está privando de derechos fundamentales e imperativos a las partes, no parece que haya motivo para excluir su aplicación a los nacionales».

[84] Así, Cremades, A.C. «El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización». *Spain Arbitration Review*, n.° 11, 2011, pp. 41-54; también, Kleiman E. y J. Spinelli. «La Reforme de droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité». *Gazette du Palais-Placard.*

[85] La posibilidad de apelar la decisión de conceder el exequátur es fundamental dado que de lo contrario no existiría ningún control bajo los motivos de anulación. Esta característica también es diferente respecto de Suiza y Suecia, en los que la ejecución en el mismo Estado permite la aplicación analógica del Convenio de NY. *vid*. Kleiman, E. y J. Spinelli. *Op. cit*.

[86] Balkaya, B. «Enforcement of foreign arbitral awards in Turkey». *Arbitration News-Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division*, vol. 15, n.° 1, March 2010, p. 145.

Turquía, ahora país candidato a la Unión Europea, expresamente permite el pacto de renuncia a la acción de anulación[87] en aquellos arbitrajes con elemento extranjero. Algunos autores consideran que esta renuncia sólo se permite si ambas partes tienen su domicilio o residencia habitual en el extranjero.[88]

Si el laudo finalmente se ejecuta en Turquía, los tribunales examinarán de oficio la arbitrabilidad del asunto y que el laudo sea compatible con el orden público.[89]

B. Estados que prohíben la renuncia

1. Croacia

El art 36.6 de la Ley de Arbitraje de 11 de octubre de 2001 expresamente prohíbe la renuncia.[90]

Las partes pueden, sin embargo, *ampliar* los motivos de anulación del laudo para el caso de que se descubran nuevos hechos o pruebas, en limitadas circunstancias; la posibilidad de este pacto obedece a la regulación anterior.[91]

2. Italia

El art. 829, p. 1.º, del *Codice di Procedura Civile*, en su versión posterior al Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, admite en Italia «*l'impugnazione per nullità (…)*

---

87 El art. 15A(4) de su Ley de Arbitraje Internacional n.° 4686 de 21 de junio de 2001 dice: «The parties may, in part or in full, renounce the right to initiate an action for setting aside the award. A party whose domicile or habitual residence is not in Turkey may renounce that right completely in an express clause in the arbitration agreement or in writing, following the signature of the arbitration agreement. Alternatively, in the same manner, the parties may renounce the above right for one or more of the reasons as set forth above for setting aside the award».

88 BIRSEL, M.T. y A. YEŞILIRMAK, *et al.*, «National Report for Turkey (2005)». PAULSSON, J. (ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 1-30, en p. 26; en el mismo sentido, «Arbitration in Europe: Turkey». *Norton Rose Group*, 2008, disponible en: http://www.nortonrose.com/files/turkey-25786.pdf.

89 ELVER, N.C. «Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its application». *Journal of International Arbitration.* Kluwer Law International, 21:5, 2004, pp. 453-458, p. 455.

90 Dice: «The parties cannot derogate in advance their right to contest the award by an application for setting aside».

91 UZELAC, A. «National Report for Croatia (2009)». PAULSSON, J. (ed.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1984. Last updated: December 2009 Supplement n.° 57, pp. 1-56, p. 51.

nonstante qualunque preventiva renuncia», por lo que no cabe la renuncia anticipada a la acción de anulación.[92]

La ley de arbitraje italiana no se basa en la Ley Modelo,[93] así que los motivos de anulación difieren. En cualquier caso, el art. 829, p. 2.º del *Codice* prevé que los recursos por vulneración de la arbitrabilidad y del orden público son siempre admisibles, es decir, son irrenunciables.

3. Portugal

El art. 46.5 de la Ley n.° 63/2011 de 14 de diciembre de 2011, de Arbitraje Voluntario, inspirada en la Ley Modelo,[94] declara irrenunciable la acción de anulación contra un laudo.[95]

4. Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte

Las vías de recurso que prevé el *Arbitration Act* de 1996 contra un laudo son tres: la primera, un *challenge* por carecer el tribunal arbitral de competencia (art. 67); la segunda, un *challenge* contra el laudo con motivo de la existencia de graves irregularidades que afectan al tribunal arbitral, el procedimiento o el propio laudo (art. 68); y la tercera, un *appeal on a question of law* (por una cuestión de derecho), en cuanto al fondo (art. 69).

Las impugnaciones (*challenges*) reguladas en los artículos 67 y 68 son imperativas, por estar en la *Schedule* 1 de la ley y, por ello, las partes no pueden renunciar a la facultad de impugnar el laudo por cuestiones de competencia (art. 67) y de grave irregularidad en el proceso (art. 68).[96]

---

92 Bernardini, P. «National Report for Italy (2007)». Paulsson, J. (ed.) *International Handbook on Commercial Arbitration*, p. 48; en el mismo sentido, Poudret, J. F. y S. Besson. *Op. cit.*, p. 827.

93 Anglani, A. y F. Liguori. «Italy's new arbitration laws, The European Arbitration Review 2007». *Global Arbitration Review,* disponible en http://www.unlaw.it/docs_articoli/italy-s-new-arbitration-laws.pdf.

94 Júdice, J.M. «The New Portuguese Arbitration Law». *ASA Bulletin*. Kluwer Law International, 2012, vol. 30, issue n.° 1, pp. 7-12.

95 Dice: «Sem prejuízo do disposto no número anterior, o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável».

96 Born, G. *Op. cit.*, p. 2661.

El recurso sobre cuestiones de derecho del art. 69, limitado a cuestiones de derecho inglés[97] y a los supuestos de vulneración más graves,[98] puede ser excluido por las partes.[99]

C. Estados que no regulan la renuncia; la Ley Modelo

El pacto de exclusión no está regulado en los demás Estados de Europa.

La mayoría de los países establecen, en línea con la Ley Modelo, que los tribunales pueden apreciar de oficio la concurrencia de los motivos de anulación del laudo basados en que, según la ley de la sede del arbitraje, los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (arbitrabilidad) y que el laudo vulnera el orden público.

Merino y Chillón, entre otros autores, explican que la Ley Modelo —pese a mantener el silencio al respecto— es contraria a la deslocalización del arbitraje y, por tanto, no parece permitir la posibilidad de la renuncia.[100]

---

97 REYMOND, C. «L'Arbitration Act, 1996 - convergence et originalite». *Revue de l'Arbitrage*, 1997, issue n.° 1, pp. 45-68, p. 63, basado en la definición de *question of law* que contiene el art. 82 de la AA; el derecho extranjero es un hecho, como sucede en derecho español; también se confirma en el caso *Lesotho.*

98 WEBSTER, T.H. «Review of Substantive Reasoning of International Arbitral Awards by National Courts: Ensuring One-Stop Adjudication». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2006, vol. 22, issue n.° 3, pp. 431-462, pp. 441 y ss., explica que la jurisprudencia en el caso *Walsall Metropolitan Borough Council vs. Beechdale Community Housing Association Ltd.* [2005] razona que el ámbito de la revisión al amparo del art. 69 es limitado y que el error debe ser claro y obvio y además se debe desprender del propio laudo («*demostrable on the face of the award*»), es decir, no debe referirse a las transcripciones, escritos o las pruebas.

99 VEEDER, V.V. «The 1996 English Arbitration Act: A Ten Year Retrospective – Introduction». *Arbitration International*. Kluwer Law International, vol. 23 issue n.° 3, pp. 434-435, critica que debería ser un sistema de *opt-in* en vez de *opt-out*, ya que puede ser peligroso para partes internacionales que se someten, sin saberlo, al control judicial si sus clausulas de arbitraje son ad hoc o UNCITRAL; no es el caso, en cambio, de los reglamentos LCIA ó CCI, que contienen pactos de exclusión más extensos que la jurisprudencia considera renuncias válidas a la apelación sobre cuestiones de derecho, *vid*. REYMOND, C. *Op. cit.*, p. 57, cita la jurisprudencia relativa al art 24.2 del Reglamento CCI sobre la renuncia al derecho de recurrir el laudo (desde 1998 se corresponde con el art. 28.6 y, desde 2012, con el art. 34.6). No es suficiente para excluir la apelación del art. 69, en cambio, con que la clausula diga «*final and conclusive*» *vid. Essex County Council vs. Premier Recycling Limited* [2006] o «*final, conclusive and binding*» *vid. Shell Egypt West Manzala GmbH and anor vs. Dana Gas Egypt Ltd.* [2009], como establece el art. 34.2 del Reglamento UNCITRAL.

100 MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M. CHILLÓN MEDINA. «Tratado de Derecho Arbitral». Cívitas, 2006, p. 1767.

Esta línea de razonamiento es consistente con la de los trabajos preparatorios de la CNUDMI para la revisión del Reglamento de Arbitraje en 2010,[101] que demostraron que la voluntad era excluir la acción de anulación de la eventual renuncia de acciones para que las partes no se vieran privadas del único «recurso» contra el laudo por razón de su sometimiento al Reglamento.

En los países que han adoptado la Ley Modelo, pues, parece que no cabe la renuncia a la acción de anulación. Pero, la doctrina de cada país está dividida, normalmente, entre los que opinan que los pactos de exclusión no son válidos y los que opinan que los pactos de exclusión son válidos mientras no afecten a los motivos apreciables de oficio.[102] La jurisprudencia de distintos Estados también han alcanzado soluciones diferentes en cuanto a la validez del pacto de exclusión.[103]

D. El caso de España

La Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, basada en la Ley Modelo, no regula el pacto de renuncia a la acción de anulación.[104]

Según la doctrina más autorizada,[105] la validez del pacto de renuncia está sometida a los límites de la autonomía de la voluntad[106] y a los de la renuncia de derechos.[107]

---

[101] Para una explicación completa, *vid.* Perales, P. e I. Torterola. «Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Anotado y Comentado». Legis, pp. 342-345. El texto final no incorpora la propuesta de Paulsson, J. y G. Petrochilos. «Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules» de incluir en el art. 34.2 una renuncia a la acción de anulación (disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf, p. 132). Por su parte, el art. 43 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (versión 2009) evita las dudas al especificar que la renuncia a recurrir el laudo se refiere a «algún recurso sobre el fondo o sobre algún punto de la controversia».

[102] Tal y como lo regulan algunos Estados que permiten la renuncia, como Bélgica y Suecia.

[103] Strik, D. «Growing number of countries allowing exclusion agreements with respect to annulment warrants greater scrutiny of arbitration clauses». *Kluwer Arbitration Blog*, 11 de enero de 2012.

[104] Se trata de una decisión consciente, según Díez-Picazo, I. ponencia «Algunas cuestiones relativas a la acción de anulación del laudo». *II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje,* 2007.

[105] Remón Peñalver, J. *Op cit.*, Montero, F. *Op. cit.*; Cremades, B. *Op. cit.*

[106] El art. 1255 del Código Civil dice «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

[107] El art. 6.2 del Código Civil dice «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Díez-Picazo, I. *Op. cit.*, considera que el pacto de exclusión debe ser englobado dentro de la noción de la «exclusión voluntaria de la ley aplicable». El art.

En definitiva, dicho pacto sólo será válido cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros y no excluya la aplicación de normas imperativas.

1. Tutela judicial efectiva y renuncia

El sistema de recursos regulado en la ley forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución española.[108] El derecho a la tutela judicial efectiva forma parte, a su vez, del orden público al estar éste integrado, según pacífica doctrina del Tribunal Constitucional,[109] por los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados; está, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes.[110] Lo mismo sucede con la acción de anulación, remedio procesal regulado en la Ley de Arbitraje y que forma parte del contenido del derecho a la tutela,[111] que asegura un mínimo irrenunciable.[112]

Una sentencia del Tribunal Supremo[113] trata la cuestión, en particular, y afirma que el pacto de renuncia «desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y, por lo tanto, el de acudir a los tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la *Lex Suprema*, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraríe el interés o el orden público».[114]

6.3 del Código Civil dice «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

108 SSTC n.º 218/2006 de 3 de julio de 2006, FJ 3 y 69/2005 de 4 de abril de 2005, FJ 2.

109 STC n.º 43/1986 de 15 de abril de 1986.

110 REMÓN PEÑALVER, J. *Op. cit.*, p. 126.

111 STC n.º 176/1996 de 11 de noviembre de 1996, que dice que en la vía arbitral el acceso a la jurisdicción será sólo el recurso por nulidad de la Ley de Arbitraje.

112 Por su parte, la STC n.º 352/2006 de 14 diciembre de 2006 (también el ATC n.º 231/1994) dice que los mecanismos y supuestos de anulación previstos en la Ley de Arbitraje aseguran «un mínimo irrenunciable».

113 STS de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986\1168), comentada por MONTERO F.J. y F. BEDOYA. *Op. cit.*

114 La sentencia dice que ese argumento es tenido en cuenta por el Juez y la Sala como argumento final y *ex abundantia* después de haber razonado sobre la inviabilidad de la demanda; se entró, por tanto, en el fondo de la cuestión. Habría sido interesante conocer el resultado de haber considerado el tribunal viable la demanda pese a existir un pacto de exclusión.

Con estos argumentos, se podría concluir que la exclusión voluntaria por las partes a la acción de anulación contra un laudo no es válida.

No obstante, el pronunciamiento de referencia del Tribunal Constitucional sobre la renuncia de derechos fundamentales que establece que «los derechos constitucionales son irrenunciables»[115] se refería a la renuncia a un derecho que implique su extinción y no a la renuncia al ejercicio futuro de ciertas facultades que un derecho fundamental pudiera otorgar.

Así, el Tribunal Constitucional, en una sentencia del 2009 en un caso en que el derecho fundamental concernido, es el de la tutela judicial efectiva y aborda el tema de la renuncia al ejercicio de acciones judiciales, sostiene que la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales no impide la voluntaria y transitoria renuncia a su ejercicio.[116]

Por ello Díez-Picazo opina que el pacto de exclusión no supone una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Monopolio estatal de la jurisdicción

Díez-Picazo opina que un pacto de renuncia a la acción de nulidad no podría ser válido por vulnerar el principio de monopolio estatal de la jurisdicción consagrado en el art. 117.3 de la Constitución: considera que sería inconstitucional una norma que equiparara los efectos de un laudo dictado por un tribunal arbitral a los de una sentencia judicial sin establecer ningún tipo de procedimiento previo de control, porque tal cosa equivaldría a la cesión de la soberanía; sin ese control estatal, esa decisión arbitral no podría tener efectos de cosa juzgada.[117]

---

[115] STC n.° 11/1981 (La Ley n.° 6328-JF/0000) sobre el art. 8.1 del RDL n.° 17/1977 de 4 de marzo de 1977, que permite que se establezca en un convenio colectivo la renuncia al derecho de huelga, pero señala que en ese caso no estamos ante una genuina renuncia ya que es temporal y transitoria (mientras dura el convenio) y no afecta al derecho en sí mismo, sino únicamente a su ejercicio, de manera que no hay extinción del derecho, sino compromiso de no ejercitarlo, que entraña una pura obligación que puede incumplirse arrastrando las consecuencias del incumplimiento, *vid.* Santiago Redondo, K.M. *Relaciones Laborales, Sección Comentarios de Jurisprudencia*, n.° 17, La Ley, 2010.

[116] STC n.° 65/2009 de 9 de marzo de 2009, comentada por Santiago Redondo, K.M. *Op. cit.*, y citada en la posterior STC n.° 136/2010 de 2 de diciembre de 2010, establece la siguiente doctrina: «Concluíamos, así, afirmando la posibilidad de considerar constitucionalmente legítima una renuncia al ejercicio de acciones, exigiendo, no obstante, para ello que la renuncia fuera expresa o deducida de una conducta inequívoca y que se fundamentara en el beneficio o ventaja que reporte al titular de la acción…».

[117] Díez-Picazo, I. *Op. cit*. Por su parte, Fouchard, P., E. Gaillard y B. Goldman. *Op. cit.*, p. 50, opinan que es poco probable que los Estados puedan aceptar la extensión del concepto de

Este principio exige, pues, que los laudos estén sometidos a unas exigencias mínimas de control, condensadas en la noción de orden público, a través del cual el Estado pueda reconocerles el mismo valor que las sentencias.[118]

La necesidad de que se garantice el control judicial sobre el laudo es lo que ha llevado a los ordenamientos suizo, belga y sueco a condicionar la validez del pacto de renuncia a que las partes no tengan vínculos territoriales con la sede, dado que ello implica que los laudos dictados tendrían que ejecutarse en otro lugar y someterse allí al control judicial.

Es, particularmente, reveladora al respecto la sentencia del Tribunal Federal suizo de 22 de marzo de 2007 (caso ATP), que declaró inválido el pacto de exclusión de un deportista porque la posibilidad de excluir la acción de anulación no se previó para el ámbito deportivo en el que los efectos de la suspensión de la posibilidad de competir no necesitan de exequátur para su eficacia, es decir, en el que el laudo no necesita de control judicial previo para gozar de plenos efectos.

Estos países prevén, para el caso de que los laudos finalmente se ejecuten en su territorio y con el fin de que no estén exentos de control judicial, que se aplique analógicamente el Convenio de NY (caso de Suiza) o se apliquen las reglas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (caso de Suecia).[119] Incluso Francia, que cuenta con una aproximación más liberal del arbitraje, prevé un control estatal para el caso de que el laudo se ejecute en su territorio.

---

arbitraje auténticamente internacional en las fases posteriores al arbitraje (anulación y ejecución).

[118] DÍEZ-PICAZO, I. *Op. cit*. La STC n.º 62/1991 ya relacionaba los efectos del arbitraje con el sistema de recursos: «Sin embargo, no cabe duda de que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC n.º 15/1984, fundamento jurídico 9.º b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia…».

[119] Esta última solución es la que existe en Túnez (art. 78.6 del Código Tunecino de Arbitraje de 26 de abril de 1993) y en Perú (art. 126 de la Ley General de Arbitraje de 2008, como explica CANTUARIAS SALAVERRY, F. «Descripción general del marco normativo aplicable en el Perú: Ley General de Arbitraje y legislación aplicable al Estado Peruano». *Anuario Euro-Peruano del Derecho del Comercio*. D. Jorge Luis Collantes (director)).

Como hemos visto, todos los Estados que permiten la exclusión han acompañado ese derecho con una regulación específica que garantice el control judicial en la fase de ejecución.

España no ha regulado la posibilidad de control judicial del laudo no extranjero en fase de ejecución, por lo que el silencio sobre la validez de los pactos de exclusión parece suponer que estos pactos no son posibles. Es claro, por otro lado, que las partes no pueden definir contractualmente las funciones de revisión del tribunal,[120] ni en anulación ni en ejecución, para suplir este silencio.

Por ello, un eventual pacto de exclusión estaría despojando cualquier posibilidad de control judicial del laudo, tanto en anulación como en ejecución, y vulnerando por ello el principio de monopolio estatal de la jurisdicción que señala Díez-Picazo.

Hay argumentos, pues, para sostener la invalidez de cualquier pacto de exclusión cuando implica que el laudo podrá ser eficaz o ejecutado sin un control judicial o sin posibilidad de oposición.

3. Posible renuncia parcial a motivos de anulación que son disponibles

Otro sector de la doctrina opina que cabe la renuncia a determinados motivos de anulación.[121]

El argumento de que las partes podrán pactar la renuncia al ejercicio de la acción de anulación o excluir motivos siempre que dicho pacto no sea contrario al interés o al orden público ni sea en perjuicio de terceros permite, precisamente, realizar aquellos pactos dentro de esos límites, es decir, si no son contrarios a normas imperativas o prohibitivas.

El ejercicio de la acción de anulación no es una norma imperativa,[122] ya que constituye una excepción al carácter de fuerza juzgada que la ley confiere a los laudos una vez que son dictados.[123]

---

120 Born, G. *Op. cit.*, p. 2665, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de EE.UU. de 25 de marzo de 2008 en el caso *Hall Street Associates, L.L.C. vs. Mattel, Inc*. En el mismo sentido, Webster, T.H. *Op. cit.*, explica que la libertad de las partes en determinar el proceso arbitral no alcanza a modificar los motivos legalmente tasados de revisión judicial y a cómo deben funcionar los tribunales.

121 Cremades B.M. y A. Martin Blanco. *Op. cit*.

122 Cremades B.M. y A. Martin Blanco. *Op. cit.*; *contra*, Díez-Picazo, I. *Op. cit.*, dice que dada la naturaleza indudablemente procesal de las normas que regulan la acción de anulación, su carácter imperativo es incontrovertible.

123 Art. 43 de la Ley de Arbitraje, en su redacción posterior a la reforma del 2011.

La cuestión es si lo protegido por la acción de anulación o, lo que es lo mismo, los requisitos que debe cumplir un laudo, constituyen o no normas imperativas y si el pacto de exclusión, si tuviera por objeto evitar la aplicación de normas imperativas aplicables al laudo, es en consecuencia nulo. La respuesta a esa pregunta dependerá de los distintos motivos que prevé el art. 41 de la Ley de Arbitraje.[124]

En opinión de Cremades y Martín,[125] no es posible la renuncia anticipada a la acción de anulación referida a los motivos (b) «que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos», (e) «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (lo que venimos denominando arbitrabilidad) o (f) «que el laudo es contrario al orden público».

Ello es así porque la ley establece que estos motivos son apreciables de oficio[126] o a instancias del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida.

En cambio, Cremades y Martín opinan que los motivos (a) «que el convenio arbitral no existe o no es válido», (c) «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión» y (d) «que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley» se refieren a materias disponibles por las partes y compatibles con la renuncia tácita a las facultades de impugnación del art. 6 de la Ley de Arbitraje. El pacto de exclusión de estos motivos de anulación es, por tanto, válido.

Montero está de acuerdo en que no parece válido en España el pacto de renuncia total a la acción de anulación y admite que es al menos discutible que sea válido cuando afecta únicamente a alguno de los motivos, añadiendo que tiene respaldo en la jurisprudencia de Derecho comparado; no obstante, opina que una renuncia al motivo (a) «que el convenio arbitral no existe o no es válido» difícilmente podrá evitar una acción de anulación cuyo objeto precisamente sea la validez de dicho convenio.[127]

Pese a todo, en otros ordenamientos (belga y sueco) que prevén la validez del pacto de exclusión, también diferencian motivos apreciables de oficio de los que no lo son y, sin embargo, aun así prevén el control judicial en fase de ejecución para los motivos que son disponibles. Esto apoya la idea de que la facultad de excluir la acción

---

124 Que coinciden con el art. 34 de la Ley Modelo y con el art. V del Convenio de NY.

125 CREMADES, B.M. y MARTIN BLANCO. *Op. cit.*

126 Art. 41.2 de la Ley de Arbitraje (respecto de los dos últimos, *vid.* art. 34.2.b de la Ley Modelo).

127 MONTERO, F. J. y F. BEDOYA. *Op. cit.*, p. 151.

de anulación ha de contar necesariamente con el apoyo de la ley que garantice el control judicial en fase de ejecución para evitar la falta de control, tanto en anulación como en ejecución (y España no cuenta con esta previsión legal).

E. La renuncia desde la perspectiva de los derechos humanos

También hay argumentos en cuanto a la renuncia desde la perspectiva de los derechos humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Comisión Europea de Derechos Humanos se apoyan en el argumento tradicional europeo constitucional de que las partes pueden renunciar a su derecho a un juicio justo del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[128] (CEDH) al aceptar el arbitraje.[129]

En particular, en cuanto a la renuncia a cualquier posibilidad de acción de anulación del laudo, Samuel se refiere a Suecia, Suiza y Bélgica[130] y, en la medida en que los Estados tienen la obligación de proteger a los ciudadanos que se encuentren en su territorio de convertirse en víctimas de cualquier infracción del CEDH, dice que estos países tienen el deber de velar por el respeto de unas protecciones procesales fundamentales a las que las partes no deberían de poder renunciar.[131]

Pero este argumento permite objeciones, según el propio Samuel. Primero, mientras que el TEDH y la Comisión se refieren a que los ciudadanos no pueden renunciar a su derecho a un juicio justo, aún no han encontrado un caso en que esa renuncia no fuera válida; no hay motivo para que una empresa no pueda renunciar al ejercicio de todos sus derechos bajo el art. 6 con relación a una controversia. Segundo, las partes no renuncian a sus derechos fundamentales de protección procesal: estarán a su disposición si sus oponentes instan el reconocimiento y ejecución del

---

[128] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma en 1950.

[129] Samuel, A. «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights». *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2004, vol. 21, issue n.º 5, p. 416. Born. *Op. cit*., p. 2663, explica que no hay razón para no otorgar validez a estos pactos cuando son libres entre empresas sofisticadas, salvo en circunstancias extraordinarias (fraude posterior u otro motivo doloso).

[130] Samuel, A. *Op. cit*.; su artículo es anterior a la reforma de la ley francesa en 2011.

[131] Fuera del ámbito de los Estados del Consejo de Europa, de cuyo sistema de protección de derechos humanos forma parte el TEDH, se puede hacer referencia al caso en Panamá: no requería para la validez del pacto de exclusión que las partes fueran extranjeras y, además, permitía la renuncia por referencia a un reglamento institucional; no obstante, el art. 36 del Decreto-Ley fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 7 de octubre de 2005 por ser «contraria a la garantía fundamental del debido proceso», *vid.* Jiménez Figueres, D. «Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo». *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, pp. 531-537.

laudo. Por último, ninguna de las partes en un pacto de exclusión es un Estado frente a quien se pueda buscar protección ante el TEDH.

En cualquier caso, el art. 6 no exige que los Estados parte provean la revisión judicial de los laudos; según la jurisprudencia del TEDH, el control en la fase de ejecución es suficiente.[132]

IV. Conclusión

El pacto de exclusión sólo es efectivo si lo reconoce la *lex fori arbitrii*, que varía considerablemente de Estado en Estado, siendo sólo unos pocos los que lo permiten.

Existen unas notas comunes que cualquier pacto de exclusión debe respetar para su validez en aquellos países donde está reconocido. También, los ordenamientos que permiten la renuncia siempre prevén de una forma u otra la garantía del control judicial del laudo en fase de ejecución.

Es menos claro que el pacto de exclusión sea válido en aquellos países que no lo permiten de forma expresa. Siempre habrá argumentos a favor y en contra de la validez de estos pactos, por lo que no será una cuestión pacífica y desde luego no impedirá el ejercicio de la acción de anulación, precisamente, por las dudas sobre la eficacia y alcance de su renuncia.

Por ello, si las partes consideran conveniente incluir un pacto de exclusión, lo razonable es elegir como sede un Estado cuyo ordenamiento reconoce este tipo de pactos.

****

[132] Krausz, N. *Op. cit.*, p. 158.

Anti-suit injunction y *anti-arbitration injunction* en el Arbitraje Comercial Internacional

Fernando Lanzon

Sumario: 1. Introducción.— 2. *Anti-suit injunctions* o medidas antiproceso.— 2.1. Concepto y origen.— 2.2. Naturaleza y requisitos para la adopción de las medidas antiproceso.— 3. El choque con el sistema continental.— 4. Las medidas antiproceso y el arbitraje. Las «anti-arbitration injunctions».— 4.1. Asunto *Copel*.— 4.2 Asunto *Himpurna California Energy*.— 4.3 Asunto *National Grid Plc*.— 4.4. Asunto *Hubco*.— 5. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.— 5.1. *Gasser vs. Misat* (sentencia de 9 de diciembre de 2003, asunto n.º 116/02).— 5.2. *Turner vs. Grovit* (sentencia de 27 de abril de 2004, asunto n.º 159/02).— 5.3. *Allianz SpA vs. West Tankers* (sentencia de 10 de febrero de 2009, asunto n.º 185/07).— 6. La cuestión está zanjada en el ámbito judicial europeo... ¿o no?— 7. Conclusión.

1. Introducción

La coexistencia entre los sistemas jurídicos de derecho común y de derecho continental ha planteado tradicionalmente numerosas fricciones, tanto doctrinales como prácticas.

El incremento del comercio internacional y, con ello, el consecuente incremento de los litigios transfronterizos ha llevado a que este tipo de cuestiones se hayan multiplicado en los últimos años, en los que, junto a una innegable tendencia hacia la uniformidad y homogenización del ámbito jurídico de relación entre las partes, se han mantenido abiertos numerosos puntos de choque ente uno y otro sistema.

Algunos de estos desencuentros han encontrado solución por la vía de la práctica, la cual ha llevado a que la innegable necesidad de una pacífica coexistencia entre uno y otro sistema desemboque en la permeabilidad del uno frente al otro.

Sin embargo, en otras ocasiones la tensión se ha resuelto por la fuerza del conflicto, al haber mostrado ambos sistemas discrepancias aparentemente irresolubles.

De esta forma, las relaciones contractuales han fluido sin excesivos problemas entre sociedades e individuos acostumbrados a operar bajo uno u otro sistema.

Ello se ha conseguido, fundamentalmente, por la fuerza de la necesidad y del interés común de los distintos operadores, lo que ha llevado a crear un ámbito de actuación también común, en el que, generalmente, sobre la base de una mayor permeabilidad del derecho continental se ha logrado uniformar en cierta medida el marco contractual.

Claro ejemplo de la admisión de una figura contractual de origen extranjero lo constituyen las *comfort letters* o cartas de patrocinio, surgidas en la práctica anglosajona y previa interpretación jurisprudencial, admitidas en determinados casos en el ámbito del derecho continental como fuente de obligaciones para sus emisores.

Sin embargo, resulta más difícil de uniformar el marco procesal en el que han de solventarse las diferencias entre aquellas mismas partes que no han encontrado problemas a la hora de redactar sus contratos.

Con seguridad es un factor decisivo para ello el hecho de que tal marco se halle sujeto a la voluntad e imperio de los Estados y resulte de esta forma menos dinámico.

Es en este contexto en el que las diferencias entre uno y otro sistema y tradición jurídica se hacen más patentes y en el que, el arbitraje, como rompeolas de los conflictos con un elemento extranjero, es campo abonado para la aparición de problemas originados por las diferencias entre aquéllos.

Entre aquellas diferencias, aparentemente irresolubles, se encuentran las *anti-suit injunctions* o medidas antiproceso, de uso extendido en el ámbito del derecho anglosajón —especialmente, en el derecho inglés— y ajenas a la práctica jurídica del sistema continental.

Las medidas anti proceso o *anti-suit injunction* son medidas de marcado carácter procesal por medio de las que un órgano jurisdiccional ordena a un individuo sujeto a su jurisdicción, que se abstenga de iniciar o de continuar un determinado procedimiento.

Estas medidas tienen un marcado carácter personal, pero su puesta en práctica afecta de manera directa y efectiva a otras jurisdicciones, estatales y arbitrales.

Ello ha llevado a la aparición de serias dificultades a la hora de gestionar la aplicación práctica de las *anti-suit injunctions* en el ámbito del derecho continental.

Las respuestas prácticas más reveladoras a la aplicación de este tipo de medidas en el ámbito del derecho continental, las ha proporcionado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE» o el «Tribunal») el cual, al menos aparentemente, ha zanjado la cuestión rechazando su cabida dentro del espacio jurídico europeo.

Nos aproximaremos a continuación a las medidas antiproceso, intentando, en primer lugar, comprender su racionalidad desde el punto de vista del derecho común para, una vez analizada tanto ésta como su origen, poder acercarnos a las implicaciones de su puesta en práctica en el seno del sistema continental, así como a las resoluciones jurisprudenciales que en el seno de la Unión Europea han zanjado la cuestión, cuando menos de forma aparente.

2. *Anti-suit injunctions* o medidas antiproceso

2.1. Concepto y origen

Nos aproximaremos a las medidas antiproceso desde la perspectiva del derecho continental, con el objeto de lograr una comprensión del origen y aplicación práctica de esta figura.

No pretendemos, en consecuencia, hacer aquí un estudio pormenorizado de esta institución y de su aplicación práctica en las jurisdicciones del *common law*, lo cual habrá de quedar reservado para abogados cualificados en tal práctica.

Como hemos anticipado, podemos definir una *anti-suit injunction* o medida antiproceso como una orden dirigida a una parte, por medio de la cual ésta es requerida para dar cumplimiento a una cláusula de sumisión ante una determinada jurisdicción o ante un convenio de sometimiento a arbitraje y, para que, en consecuencia, se abstenga de iniciar o de continuar un procedimiento distinto de éstos.

El origen de las *anti-suit injunctions* se encuentra en Inglaterra, y se remonta al menos al siglo XV. En un principio, este tipo de medidas buscaron limitar el ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales eclesiásticos, notablemente expansivo, atrayendo el conocimiento de los casos al ámbito de la jurisdicción estrictamente civil, en particular, a la *Court of Chancery,* principal instrumento para el ejercicio de la justicia real.

Esta última institución adoptaba sus decisiones sobre la base de la *equity*, la cual en el seno del derecho inglés recogía una serie de principios generales que, apartándose del «rigor de la ley» permitían adoptar decisiones sobre la base de una suerte de derecho natural, lo que habría de llevar a obtener una resolución justa.

Posteriormente, este tipo de medidas se convirtieron en un instrumento de distribución o control de la jurisdicción interna, ya que por medio de ellas la *Court of Chancery*, a través del *Lord Chancellor* podía evitar la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales del *common law* si aquél entendía que la demanda formulada era contraria a una buena conciencia (*against conscience*).

De esta forma, en la práctica la *Court of Chancery* tenía la facultad de mitigar los efectos de la aplicación de la ley por los tribunales del *common law*, lo que en buena lógica histórica devino en una larga disputa por el poder entre unos y otros órganos.

El origen de las *anti-suit injunction*, de contenido inicialmente más moral que jurídico, quizá se encuentre en el peso que la moralidad ha tenido en ocasiones en las sociedades anglosajonas, de origen luterano.[1]

En cualquier caso, con el curso del tiempo la *equity* fue perdiendo parte de su flexibilidad para ir quedando regulada en parte por normas procesales y sustantivas, configurándose como un sistema de precedentes similar al del *common law*.

En definitiva, en el contexto descrito las *anti-suit injunction* surgieron inicialmente en Inglaterra como medio para la distribución y ejercicio del poder a través

---

[1] Como señala D. Rodrigo Tena Arregui (*¿Y si Lance Armstrong fuera español? (Una reflexión sobre la valoración de la responsabilidad en nuestro país)*, ¿Hay Derecho? 29 agosto 2012, http://hayderecho.com/2012/08/29/y-si-lance-armstrong-fuera-espanol-una-reflexion-sobre-la-valoracion-de-la-responsabilidad-en-nuestro-pais/) en referencia a esta circunstancia, en el ámbito de las sociedades luteranas «(…) La salvación se gana en el día a día y es un todo o nada. Pero, no sólo es eso, ni siquiera lo principal. El segundo elemento de la *vocatio* es el pacto con Dios, la alianza, el *covenant* (en inglés). Dios, a cambio de su promesa de salvación, me impone unas condiciones que debo cumplir, pero la característica fundamental de esas condiciones es que son colectivas, que afectan a la comunidad en su conjunto, a todo el pueblo de Dios. La clave del asunto es que si se incumplen —colectivamente— la correspondiente sanción me afectará a mí personalmente. La consecuencia es que todo el mundo está muy interesado en que el vecino actúe de una manera moralmente adecuada. Las sociedades de reforma de las costumbres, que tuvieron una importancia clave en el desarrollo del Derecho anglosajón a la hora de fomentar la exigencia de responsabilidades, buscaban perseguir y castigar el pecado, no el delito, y por este motivo exclusivamente religioso (que no dejaba de ser bastante egoísta). Como destaca Berman, criticando en este punto a Max Weber, es el comunitarismo, más que el individualismo ascético, lo que constituye la aportación fundamental de la Reforma (…)».

de la aplicación de la justicia, para posteriormente extenderse a Escocia, Irlanda y a las colonias —entre ellas las que serían el germen de los actúales Estados Unidos de América, donde las *anti-suit injunction* cumplieron una función similar a la descrita regulando las relaciones jurisdiccionales entre los diferentes Estados—.

En fin, este tipo de órdenes son admitidas en la actualidad en la generalidad de los países bajo el *common law*, si bien es necesario destacar de partida que su aplicación práctica encuentra dos vías de manifestación principales: la inglesa y la estadounidense.

La inglesa se configura como una jurisdicción más generosa a la hora de conceder este tipo de medidas, mientras que por su parte, la estadounidense es más remisa a ello.

No obstante, es la aplicación de las dictadas por los tribunales ingleses la que ha planteado históricamente más dudas en nuestro entorno jurídico, al quedar incluidos éste y el inglés en el terreno de juego común del espacio judicial europeo.

2.2. Naturaleza y requisitos para la adopción de las medidas antiproceso

Como hemos anticipado, las medidas antiproceso tienen una naturaleza de carácter personal.

En efecto, la acción en la que se fundamenta la solicitud de adopción de tales medidas ha de tener naturaleza personal (o cuando menos mixta); por su parte, el requerimiento del tribunal instando el cumplimiento de la medida se dirige a un actor en el proceso —presente o futuro— y no a otro tribunal.

Tal carácter hace que la respuesta compulsiva para el caso de su incumplimiento recaiga sobre el individuo, y no lógicamente sobre un órgano judicial que se estime a sí mismo competente para el conocimiento del caso. Apuntamos aquí que estas medidas compulsivas pueden ser, tanto pecuniarias como, en ocasiones, privativas de libertad.

Las medidas antiproceso actúan en la práctica como medidas cautelares de carácter personal, carácter que se ve abonado, tanto por los requisitos exigidos para su adopción como por el carácter instrumental en protección de la efectividad de un procedimiento principal, al que suelen ir subordinadas.

En efecto, para la adopción de una medida antiproceso, es preciso acreditar la existencia de *periculum in mora* o riesgo para el devenir del procedimiento principal. De la misma forma debe invocarse una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*

—el cual en este caso habrá de referirse a la existencia de un foro más adecuado para la resolución de la disputa, ya sea éste arbitraje o jurisdicción ordinaria—.

Nos referiremos a continuación un poco más en detalle a las medidas antiproceso en el ámbito inglés, más cercano e interrelacionado con nuestra práctica jurídica.

La *Supreme Court Act* de 1981 autoriza a la *High Court* para dictar una *anti-suit injunction*, en aquellos casos en los que considere que ello resulta justo y conveniente; por su parte, la *English Arbitration Act* de 1996 vino a reconocer esta misma facultad a una Corte y en relación con un procedimiento arbitral.

La primera de las normas mencionadas, señala en su artículo 37, apartado 1 que: «la *High Court* puede dictar, mediante auto, ya sea con carácter interlocutorio o definitivo, una orden conminatoria […] en todos los casos en los que lo estime justo y apropiado» (la dicción literal de esta última expresión es «*just and convenient to do so*»).

De esta forma, y a grandes rasgos podemos señalar con Thomas Rafael,[2] que los tribunales ingleses adoptarán una *anti-suit injunction* (i) cuando el buen fin de la justicia así lo requiera, (ii) para proteger un derecho sustantivo, ya sea de derecho o en equidad, (iii) con el objeto de evitar que por medio de un procedimiento se conculque la exigencia de buena fe, (iv) cuando el procedimiento que pudiera desarrollarse en un fuero extranjero suponga una interferencia ilegítima con un procedimiento en Inglaterra, y (v) para proteger la jurisdicción de los tribunales ingleses.

A la luz de lo expuesto, parece claro que por medio de las medidas antiproceso se pretende una doble protección, la de los intereses de las partes, por un lado, y la de los intereses públicos, por otro.

Con respecto al interés mencionado, en primer lugar, la adopción de una medida antiproceso exige una adecuada ponderación de los derechos de demandante y demandado, buscando evitar que el comportamiento oportunista de uno de ellos suponga una traba al buen desarrollo de un ulterior procedimiento y, de esta forma, que limite o perjudique el derecho de la contraparte.

El demandante que insta la adopción de la medida podrá ver protegida su posición, tanto de forma positiva como de forma negativa.

---

2 *The anti-suit injunction 4.* Oxford, 2008.

De forma positiva porque verá tutelado su derecho a que el litigio se resuelva ante determinados tribunales, y de forma negativa, al impedir que se le demande ante tribunales distintos de aquéllos a los que las partes acordaron someter sus controversias, lo que resulta especialmente relevante a nuestros efectos en el caso de que ese sometimiento lo fuera a un tribunal arbitral.

Por su parte, el demandado que solicita una medida antiproceso verá salvaguardado su derecho a defenderse ante los tribunales que estima más adecuados, evitando de esta forma que una actuación torticera del demandante pudiera perjudicar su defensa.

La protección del interés público, tiene igualmente, por su parte, una doble manifestación.

Una interna, en el sentido de que por medio de una *anti-suit injunction* la actuación de la justicia podrá ser más eficiente al impedir, entre otras cuestiones, el alumbramiento de resoluciones de imposible ejecución.

Otra externa, al ser un medio por el que los Estados dan efectividad a su jurisdicción y hacen posible el ejercicio de la misma.

3. El choque con el sistema continental

Esta primera aproximación a las *anti-suit injunction* nos permite ya constatar uno de los más claros exponentes de las diferencias entre el sistema del *common law* y el sistema continental.

Cuando los abogados que ejercemos en un sistema de derecho continental nos acercamos a la figura de las *anti-suit injunctions*, nos enfrentamos a una institución con la que nos encontramos poco familiarizados y cuyo entendimiento no resulta sencillo, al resultarnos de partida ajena una figura que encuentra su origen en la equidad y cuya configuración se ha articulado en torno a ésta.

Además, en la práctica, nunca esperaríamos que un tribunal inste a las partes para que no acudan a los órganos jurisdiccionales en ejercicio de lo que entendemos derecho a la defensa, sino lo contrario.

En particular, esperaríamos que fuera el propio tribunal al que acudimos quien decidiera sobre su jurisdicción y quien, en caso de ejecución de una resolución extranjera, la denegara si se hubiera dictado con ausencia de aquélla.

Como hemos visto, ambos sistemas abordan la solución del conflicto de forma muy diferente, mediante una búsqueda de la «justicia material» en el caso del anglosajón y mediante la búsqueda de una justicia más formal, en el caso del continental.

Ésta es precisamente unas de las cuestiones que lleva a la difícil permeabilidad de esta figura en los sistemas continentales.

En efecto, esta institución ha venido tradicionalmente justificada por la búsqueda de resoluciones justas, lo que en la práctica supone dotar a los órganos resolutivos de un poder «especial» (*inherent power*) que les faculta para tomar cualquier medida que sea necesaria para que la potestad jurisdiccional resulte efectivamente ejercitada, con el objeto de lograr producir tal resolución justa.

Surgen estas medidas al amparo de la equidad y, por qué no decirlo, con seguridad en su ámbito de aplicación internacional al amparo de la desconfianza sobre la justicia que habría de impartirse en otras jurisdicciones.

Es, precisamente, por ello por lo que este tipo de medidas se han considerado «colonialistas», en el sentido de que el sustento para la adopción de las mismas es la «correcta» aplicación de la justicia, lo que en parte presupone su «incorrecta» aplicación en el foro en cuestión.

Por ello, las medidas antiproceso han sido igualmente consideradas contrarias al principio de igual de armas entre las diferentes jurisdicciones, ya que atribuirían a algunas de ellas la facultad exorbitante de interpretar y decidir sobre cuestiones cuyo conocimiento habría de recaer sobre otras.

Como hemos visto, además, como medidas de carácter personal las *anti-suit injunctions* se dirigen frente a una persona sujeta a la jurisdicción de unos tribunales, y no frente a estos tribunales.

En teoría, por tanto, estas medidas no suponen una injerencia en la jurisdicción de los tribunales de un tercer país, lo que constituye un argumento fundamental para los defensores de la aplicación sin trabas de las mismas, pero es, sin embargo, evidente que en la práctica existe una injerencia, al menos indirecta, en el ejercicio de su jurisdicción por los órganos afectados por ellas.

El motivo del «malentendido» entre ambos sistemas surge del hecho de que, desde la perspectiva del *common law*, el foco de atención se dirige al carácter personal de la medida y, por tanto, a su destinatario, sublimando de esta forma la importancia de la justicia y restándosela al efecto colateral de una medida antiprocedimiento, cual

es privar de su jurisdicción —o cuando menos modularla— a un juez de un foro distinto.

Mientras las jurisdicciones incluidas en el ámbito del sistema continental reciben una medida antiproceso como un límite a una adecuada tutela judicial, para los del *common law* es una garantía de la misma, ya que mediante ellas se busca, precisamente, evitar dilaciones indebidas, el uso fraudulento o abusivo de un derecho o, simplemente, lograr que la resolución que finalmente se dicte en el seno del procedimiento, resulte eficaz y susceptible de ejecución.

En definitiva, la adopción de una medida antiproceso plantea, por un lado, un problema en el marco de las relaciones jurídicas internacionales y de la eficacia territorial de las normas y, por otro, y ya en el marco individual, el problema de la limitación del acceso a una tutela judicial efectiva al sujeto destinatario de la misma.

De esta forma, mientras que, por un lado el sistema continental resuelve la cuestión acudiendo en su ámbito interno al análisis de la litispendencia o de la conexidad, el sistema del *common law* acude internamente a un tipo de medida por medio del que, sin excluir necesariamente el análisis de estos dos elementos, produce relevantes efectos externos.

La diferencia entre uno y otro acercamiento a una misma cuestión y, en particular, entre las medidas antiproceso y la institución de la litispendencia internacional, es que ésta busca proteger la jurisdicción a la que se ha acudido en primer lugar, mientras que la medida antiproceso busca proteger la jurisdicción que se entiende más adecuada para la resolución del litigio.

Existe, además, una diferencia esencial entre las medidas que adopta el sistema continental y las medidas antiproceso del *common law*: las primeras son de aplicación imperativa para los órganos a cargo de la actividad jurisdiccional, mientras que la segunda se configura como una medida de carácter potestativo, cuyo empleo dependerá del criterio del órgano judicial.

En definitiva, como bien señala Markus Lenenbach[3] «para un abogado de derecho civil, algunas instituciones del derecho común son tan extrañas que parecen

[3] «Antitrust Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention»*; Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, en Loyola Marymount University and Loyola Law School (20 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 257 (1998), Rev. 257 (1998), http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol20/iss2/2).

venir de otro universo legal» («*To a civil law lawyer, some common law legal institutions are so alien they seem to come from another legal universo*»).

No obstante lo hasta ahora indicado, es necesario destacar que en el seno del propio derecho común se han alzado voces críticas ante la adopción de medidas antiproceso que puedan producir efectos en el ámbito internacional.

A efectos ilustrativos mencionamos en este sentido a Bergman,[4] quien viene a señalar que tales medidas «pueden potencialmente violentar el ámbito político de gobierno y perturbar las relaciones» con un determinado país («*having potential for embarrassing the political branches of government and disturbing our relations with that country*»).

Considera este autor que el uso de tales medidas atentaría contra la *international comity*, o «el reconocimiento que una nación permite dentro de su territorio de los actos legislativos, ejecutivos y judiciales de otra, en relación tanto con la conveniencia como las obligaciones internacionales, así como con los derechos de sus propios ciudadanos u otras personas sujetas a sus leyes»[5] («*the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive and judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws*»).

En fin, a la luz de lo expuesto parece que entre aquellas instituciones a las que se refería Markus Lenenbach como «provenientes de otro universo» han de incluirse las *anti-suit injunctions*, figura a la que los abogados de derecho continental han debido acercarse desde la óptica de lo desconocido y, lo que resulta más relevante, con la necesidad de dar una respuesta adecuada a los problemas que su empleo plantea en la práctica.

Como era de esperar, el arbitraje comercial internacional no ha sido ajeno a este encontronazo, convirtiéndose en campo abonado para el uso de las medidas antiproceso con el objeto de «controlar» el desarrollo o inicio de los procedimientos arbitrales.

4. LAS MEDIDAS ANTIPROCESO Y EL ARBITRAJE. LAS «*ANTI-ARBITRATION INJUNCTIONS*»

La descripción que hasta el momento hemos realizado de las medidas antiproceso hace fácil imaginar cuán tentador puede resultar la adopción de las mismas con el

---

4 BERGMAN, George. *The use of anti-suit injunctions in international litigation (1990).*

5 *Hilton vs. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895).

objeto de controlar el desarrollo de un procedimiento arbitral, ya sea para promoverlo ya, por el contrario, para evitarlo.

Debemos señalar de partida, que dirigidas frente a los actores de un procedimiento arbitral, estas medidas suponen una injerencia en la facultad del tribunal para decidir sobre su propia competencia.

Ello choca con las normas de la práctica totalidad de las instituciones encargadas de la administración de arbitrajes, las cuales admiten sin dudarlo la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetemz*).

De igual forma, la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras, sólo prevé la revisión de la competencia del tribunal arbitral en sede de su ejecución, lo que tiene difícil encaje en la operatividad de una medida antiproceso como medio para determinar dónde ha de desarrollarse el mismo.

En mi opinión, no cabe duda de que la adopción de una medida antiproceso supone un disparo a la línea de flotación de cualquier expectativa de justicia, ya no sólo arbitral, sino a mi juicio, de cualquier orden, al pervertir desde un principio el sistema acordado por las partes y colocar a una de ellas —cuando existe un componente extranjero, normalmente por supuesto, la «nacional»— en una situación de ventaja frente a la otra.

Es evidente que la excusa de la protección intereses públicos de relevancia económica suponen un acicate para que las sociedades «estratégicas» en cada jurisdicción acudan a sus propios tribunales solicitando una medida que impida el inicio o paralice el desarrollo de un procedimiento arbitral, solicitando al tiempo que el conocimiento del pleito sea atribuido a los tribunales de su jurisdicción.

Parece claro que pocos agentes estarán interesados en pleitear contra una sociedad estatal o de interés estratégico para un Estado ante sus propios tribunales, y que, precisamente, la decisión de someter sus discrepancias a arbitraje puede encontrar una de sus bases en evitar esta circunstancia.

Sin embargo, algunas jurisdicciones, sorprendentemente no todas del *common law*, han acudido a las medidas antiproceso como vía para el control del arbitraje y de los procedimientos sometidos a él, adoptando una postura paternalista ante lo que parece una manifiesta desconfianza sobre el desarrollo del arbitraje y su resultado, respondiendo más a cuestiones de índole económica o política, que a medidas de amparo jurisdiccional.

En efecto, algunas de las más famosas medidas de este corte han sido adoptadas por Brasil —asunto *Copel*—, Indonesia —asunto *Himpurna California Energy*—, Argentina —asunto *National Grid Plc.*— o Paquistán —caso *Hubco*—.

Las respuestas de los tribunales e instituciones arbitrales ante la adopción de *anti-suit injunctions* han sido variadas. Nos referiremos brevemente a continuación, a los casos indicados, por su carácter ejemplificativo de los problemas que la adopción de una medida antiproceso plantea en la práctica arbitral, así como de las variadas respuestas que los tribunales arbitrales han venido dando a los supuestos en los que se han adoptado este tipo de medidas.

Anticipamos en este punto que los asuntos *Copel* e *Himpurna California Energy* a los que nos referiremos son, además, buena muestra de la situación de estrés procesal e indefensión que han de soportar las partes como consecuencia de las medidas antiproceso ordenadas frente a ellas.

En efecto, en el asunto *Copel* la medida antiproceso impuso una multa del 0,5% del importe en disputa por cada día de inobservancia de la misma.

En el caso *Himpurna* este importe ascendía a un millón de dólares americanos, igualmente, por cada día de incumplimiento.

Parece claro que en estas circunstancias una medida antiproceso puede contribuir coercitivamente a crear una situación de indefensión más que crear un ambiente de sano ejercicio de la potestad jurisdiccional en busca de la mejor tutela de los derechos de las partes.

4.1. Asunto Copel

El asunto *Copel* se inscribe en el contexto de un contrato para construcción y entrega «llave en mano» de una planta energética en el Estado de Paraná (Brasil), suscrito entre la *Companhia Paranaense de Energia* —*Copel*, sociedad energética controlada por el Estado brasileño— y la sociedad *UEG Araucária Ltda.* —filial brasileña de una multinacional estadounidense—. Tal contrato incluía una cláusula de sumisión a arbitraje a administrar por la CCI.

Copel suspendió el pago al que venía obligada en virtud del contrato sobre la base de la existencia de ciertos defectos en la construcción.

UEG Araucária Ltda. inició un procedimiento arbitral, e inmediatamente después Copel solicitó ante los juzgados de la ciudad de Curitiba la adopción de una

medida antiproceso solicitando la paralización de aquél, alegando, entre otras cuestiones, la incompetencia de la institución arbitral en relación con demandas interpuestas frente a sociedades controladas por el Estado.

El juzgado, dictó una *anti-arbitration injunction* provisional sobre la base de que la controversia no podría someterse a arbitraje, al afectar a cuestiones de interés público.

La Corte de Apelaciones de Paraná resolvió inicialmente dejar sin efecto la medida sobre la base de que el hecho de que una de las partes fuera una sociedad controlada por el Estado no ha de implicar, necesariamente, que el objeto de la disputa afecte al interés público.

Al tiempo que como consecuencia de esta resolución las partes reiniciaron el procedimiento arbitral, *Copel* recurrió frente a aquélla, con el resultado de que la Corte decidió reinstaurar la medida.

Resulta relevante a nuestro efectos que frente a la *anti-suit injunction* el tribunal arbitral resolvió por medio de laudo parcial que, dado que el lugar del arbitraje era París, y al haber sujetado las partes aquél a la ley francesa «(…) cualquier decisión de una Corte brasileña o de cualquier otro Estado sobre la validez del convenio arbitral no es vinculante para el tribunal (…)».[6]

4.2. Asunto Himpurna California Energy

En el asunto *Himpurna California Energy*, el tribunal arbitral hubo de resolver el impedimiento planteado por una *anti-suit injunction* acudiendo a una fórmula algo más imaginativa.

Dos sociedades, *Himpurna California Energy y Patuha Power Ltd.*, sociedades filiales de la estadounidense Mid-American Holding, suscribieron un contrato con la sociedad estatal de energía eléctrica indonesia, cuyo objeto era acometer la construcción de dos plantas generadoras de energía y de vender la generada a esta última sociedad.

---

[6] Asunto CCI 12656/KGA/COO: «*As the parties have agreed that this Tribunal has its seat in Paris and, therefore, is subject to French arbitration law, any decision of a Brazilian Court or any other Court as to the validity of the arbitration agreement is not binding on the tribunal. Under French law and the lex loci arbitri, it is for the tribunal to decide on the validity of the arbitration clause in the first instance. The decision may be reviewed by state courts only after and award has been rendered* (…)».

La crisis que asoló Indonesia en el año 1997 tuvo como resultado que la sociedad estatal incumpliera su obligación de proceder a la compra de la energía en los términos pactados y, con ello, que se diera inicio a un procedimiento arbitral en reclamación de los daños causados, el cual concluyó con una condena de aquélla.

Ante el impago de los daños reconocidos en el laudo, se inició un nuevo procedimiento arbitral con el fin último de repetir la acción frente al Estado indonesio, sobre la base de una *comfort letter* emitida por el mismo.

Solicitada por éste ante la Corte del Distrito Central de Yakarta la nulidad del laudo inicial y la adopción de una *anti-suit injunction*, tal corte procedió a ordenar la paralización del procedimiento arbitral.

El tribunal arbitral, integrado por Jan Paulsson como presidente, y H. Priyatna y Antonino Albert de Fina como coárbitros, adoptó una decisión imaginativa con el objeto de evitar los perniciosos efectos de tal medida.

Al ostentar H. Priyatna la nacionalidad indonesia, el tribunal redactó y firmó el laudo sin su intervención, contando, por tanto, sólo con la participación de Jan Paulsson y de Antonino Albert de Fina, de nacionalidad francesa e italo-australiana, respectivamente, no sujeto, en consecuencia, ninguno de ellos a la orden de los tribunales indonesios.

4.3. Asunto National Grid Plc.

En el caso *National Grid Plc.*, esta sociedad inició un procedimiento arbitral contra Argentina, sobre la base de la cláusula arbitral contenida en el Acuerdo de Inversión Bilateral celebrado entre Reino Unido y Argentina. Este procedimiento habría de desarrollarse en Washington, bajo la normativa UNCITRAL.

Argentina solicitó ante la corte de arbitraje la revocación del árbitro presidente, sosteniendo su falta de imparcialidad e independencia al haber actuado, igualmente, como presidente en dos previos procedimientos CIADI iniciados contra el gobierno argentino. Tal solicitud fue desestimada, y esta decisión desestimatoria, impugnada por aquel país.

En este contexto, el Estado argentino solicitó a la sección de derecho administrativo del Tribunal Federal de Apelación de Argentina la adopción de una medida cautelar de «prohibición de innovar», por medio de la que se ordenara al tribunal arbitral la suspensión del arbitraje hasta que se resolviera la solicitud de anulación de la decisión desestimatoria de su solicitud de revocación.

Las bases alegadas para sostener tal solicitud fueron (i) la existencia de *fumus boni iuris*, al no concurrir en el recusado las condiciones objetivas mínimas de imparcialidad e independencia y (ii) la existencia de peligro en la demora, al encontrarse próxima la fecha de celebración de una audiencia de prueba como paso inmediatamente anterior a la presentación de conclusiones y a la emisión de un laudo con la intervención del recusado, lo que haría inútil la propia solicitud instando su recusación.

El Tribunal Federal, sobre la base del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa interna argentina para la adopción de una medida cautelar (artículo 230 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, el cual viene a disponer que podrá decretarse esta medida siempre que el derecho reclamado se presente como verosímil, no existiera otra medida cautelar posible, y existiera peligro de que la innovación influyera en la sentencia o la convirtiera de ejecución imposible, o resultara ineficaz), estimó la solicitud y dictó una orden solicitando la suspensión del procedimiento arbitral.

A pesar de la orden judicial, el tribunal arbitral decidió mediante orden procesal proseguir con el procedimiento arbitral, basando su decisión en dos argumentos principales: (i) de acuerdo con las normas UNCITRAL, a las que se sometieron las partes, el procedimiento para la impugnación de los árbitros goza de entidad propia y (ii) la jurisdicción competente para la adopción de cualquier medida relacionada con el procedimiento arbitral es la correspondiente a la sede del arbitraje (Washington, D.C), y no la jurisdicción argentina.

4.4. Asunto Hubco

El asunto *Hubco* se inscribe en el contexto de un macro proyecto incitado por el gobierno paquistaní, quien invitó al sector privado a cometer el desarrollo de una serie de plantas generadoras de energía con el objeto de suministrar la obtenida a la *Water and Power Development Authority* (WAPDA), empresa pública paquistaní.

Tal proyecto fue desarrollado por la sociedad privada *Hubco*, supuso una inversión de más de 1.600 millones de dólares, fue apoyado por más de 20 bancos internacionales, incluido el Banco Mundial, y recibió inversiones procedentes de varios países, entre ellos y fundamentalmente, de los Estados Unidos de América y del Reino Unido.

El contrato firmado entre *Hubco* y *Water and Power Development Authority* (WAPDA) para regular la venta de energía contenía una cláusula de sumisión a arbitraje (CCI).

WAPDA, sin embargo, acudió a la jurisdicción ordinaria alegando que parte del sistema contractual previsto para la fijación de precios incluido en el contrato resultaba «ilegal, fraudulento, abusivo, carente de causa, basado en la mala fe y diseñado para causar pérdidas injustificadas», reclamando el importe de lo que entendía sobreprecio pagado a *Hubco* por el suministro de energía.

Por su parte, *Hubco* acudió a la jurisdicción ordinaria solicitando la adopción de una medida antiproceso con el objeto de impedir la continuación del iniciado por *WAPDA* y de resolver la disputa en el foro arbitral previsto en el contrato.

La decisión final sobre el foro en el que habría de resolverse la disputa fue adoptada por el Tribunal Supremo Paquistaní, quien entendió que los hechos alegados por *WAPDA* recogían, *prima facie*, cuestiones que el orden público exigía se resolvieran en el ámbito doméstico, y no en un procedimiento arbitral.

De esta forma, la *anti-suit injunction* instada por *Hubco* en la práctica se convirtió, finalmente, en una *anti-arbitration injunction* dictada por los tribunales paquistaníes.

Como hecho llamativo, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Paquistaní contó con el voto particular de dos de sus miembros. La decisión adoptada mediante voto mayoritario ocupó un total de 6 páginas y no incluyó referencia a precedente alguno, mientras que el voto particular se extendió a lo largo de 62 páginas, incluyendo numerosas referencias jurisprudenciales.

Como dato de interés, el informe elaborado por la Oficina Económica y Comercial de España en Islamabad, «Guía País Pakistán», incluido en el Informe ICEX correspondiente al año 2003, señala tras analizar los particulares del caso que «este proyecto a la postre ha tenido un efecto muy negativo sobre el clima inversor».

En mi opinión, si bien el informe ICEX no lo manifiesta de esta forma, se trata de una clara denuncia de los efectos perniciosos que la inseguridad jurídica en una determinada jurisdicción produce sobre la inversión extranjera, cuestión tan en boga en la actualidad.

En fin, los casos expuestos muestran siquiera una pincelada de la relación de los procedimientos arbitrales con las medidas antiproceso, así como de las variadas respuestas que los tribunales arbitrales han dado a la cuestión, siempre desde un análisis casuístico.

Parecería aconsejable en aras de la seguridad jurídica un marco institucional y jurídico que ofreciera una respuesta segura a la que las partes pudieran acudir y cuyo contenido pudieran invocar.

En efecto, una decisión caso por caso no parece la mejor forma de proteger el convenio arbitral y de salvaguardar de esta forma la igualdad de armas entre las partes; tampoco de evitar el empleo torticero de una medida antiproceso como medio para lograr una ventaja procesal.

En este sentido, la Unión Europea, ámbito natural de convivencia entre el sistema continental y el de derecho común, constituye campo abonado para la proliferación de las situaciones descritas, y es, hasta el momento, la única organización supranacional que se ha visto necesitada de una respuesta más general y no estrictamente circunscrita a un mero análisis casuístico.

En efecto, la búsqueda de parámetros comunes a todas las jurisdicciones hace destacar sobre las demás, aquellas instituciones exclusivas de cada una de ellas, y obliga a dar una respuesta que permita la convivencia pacífica entre las mismas.

Veremos a continuación los principales hitos de la respuesta que a esta cuestión ha venido dando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como hemos anticipado, ha sido en el seno de la Unión Europea donde ha planteado la cuestión relativa a la aplicación práctica de las medidas antiproceso desde el intento de lograr dar una respuesta general, alejada del caso concreto, si bien nacida a la luz de cada uno de los que se han presentado en la práctica, y comúnmente aplicable a la generalidad de los casos en los que tal cuestión se plantee.

Esta respuesta de carácter general se ha planteado como una necesidad, alejada de un simple debate doctrinal.

En efecto, el ámbito de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 y de su tributario Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el «**Reglamento**») ha hecho necesaria una respuesta a esta materia.

La respuesta del tribunal ha ido surgiendo al amparo de las cuestiones que se le han ido planteando, fundamentalmente, al hilo de los siguientes asuntos:

i. *Gasser vs. Misat* (sentencia de 9 de diciembre de 2003, asunto n.° 116/02).

ii. *Turner vs. Grovit* (sentencia de 27 de abril de 2004, asunto n.° 159/02).

iii. *Allianz SpA vs. West Tankers* (sentencia de 10 de febrero de 2009, asunto n.° 185/07).

Nos referiremos a continuación de forma breve a cada uno de los casos mencionados, para lo que nos centraremos en las cuestiones que se le plantearon al tribunal.

5.1. Gasser vs. Misat (sentencia de 9 de diciembre de 2003, asunto n.° 116/02)

En este caso el tribunal no entra a conocer específicamente sobre la compatibilidad de las *anti-suit injunction* con el ordenamiento europeo, pero sí permite anticipar el contenido de la que habría de ser su respuesta al respecto.

La Oberlandesgericht Innsbmck (Austria) plantea como cuestiones prejudiciales —a lo que para nuestros efectos interesa— dos cuestiones de relevancia:

> 2) EI órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda, si puede examinar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda, cuando tenga competencia exclusiva en virtud de una c1áusula atributiva de competencia de conformidad con el artículo 17 del Convenio de Bruselas, ¿o bien debe proceder con arreglo al artículo 21 del Convenio?
> 3) La duración excesivamente larga de los procesos judiciales en un Estado contratante, de modo que una parte puede sufrir perjuicios considerables, ¿puede justificar que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda a efectos del artículo 21 del Convenio de Bruselas no actúe de la forma prevista en este artículo?

En la práctica, lo que se sometía a la decisión del tribunal era la posibilidad de aplicar una medida antiproceso en el mejor interés de éste y de la tutela judicial del interesado.

Éste podría verse perjudicado por la aplicación estricta del Reglamento, la cual habría de llevar a «soportar» una jurisdicción lenta y, con ello, a ver perjudicado el derecho a la defensa de una de las partes.

Por ello se plantea la posibilidad de que conozca del asunto un tribunal distinto, aquél ante el que se ha interpuesto la segunda demanda, en detrimento de aquél ante el que se interpuso la primera (el «lento»; en este caso, la jurisdicción italiana).

Pues bien, la respuesta del Tribunal fue clara e indubitada:

> El tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una c1ausula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda se declare incompetente.
> (…) En efecto, esta circunstancia no pone en entredicho la aplicación de la regla procesal contenida en el artículo 21 que se basa, clara y únicamente, en el orden cronológico en el que se interpusieron las demandas ante ambos órganos jurisdiccionales.

Con respecto a si el hecho de que la demora del proceso en la primera de las jurisdicciones justifica obviar la aplicación del Reglamento, el tribunal señala que «no pueden establecerse excepciones a sus disposiciones cuando, por lo general, la duración de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que se encuentra el tribunal ante el que se ha formulado la primera demanda es excesivamente larga».

A ello añade el tribunal que una «interpretación conforme a la cual la aplicación de este artículo debe descartarse en tal supuesto es manifiestamente contraria al tenor literal, al espíritu y a la finalidad de este Convenio».

En definitiva, el tribunal no se manifestó sobre las *anti-suit injunctions* como tales, pero sin duda ya anticipó su parecer en este sentido, al decantarse por una interpretación formalista y descartar una orientada a la búsqueda de una «justicia material», la cual podría haber permitido obviar la aplicación estricta de la normativa aplicable.

Como señala el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo* sobre la aplicación del Reglamento n.° 44/2001 de 29 de abril de 2009, «(…) en el asunto n.° C-116/02 (*Gasser*) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó que la regla de *litispendencia* del Reglamento exige que el Tribunal al que se haya acudido en segundo lugar suspenda los procedimientos hasta que el tribunal al que se haya acudido en primer lugar haya establecido o declinado su competencia».

El Informe de la Comisión destaca cómo de esta forma se busca evitar la existencia de procedimientos paralelos, los cuales podrían llevar a una de las partes a lograr frustrar un acuerdo válido de elección de foro y a lograr de esta forma una ventaja frente a la otra.

5.2. Turner vs. Grovit (sentencia de 27 de abril de 2004, asunto n.º 159/02)

En este caso fue la *House of Lords* quien planteó al tribunal, de forma más directa, la compatibilidad entre las *anti-suit injunctions* y el Reglamento, por medio de la siguiente cuestión prejudicial: «¿Es incompatible con el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, dictar órdenes de no hacer contra demandados que amenacen con iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado contratante del Convenio, actuando de mala fe con la intención de frustrar u obstruir procedimientos debidamente instados ante los órganos jurisdiccionales ingleses?».

La respuesta del Tribunal fue, de nuevo, clara, y a la vista de sus anteriores pronunciamientos, con seguridad poco sorprendente: «Es incompatible con el Convenio el que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso».

De esta forma se hace fuerte el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, el cual se ve quebrantado por la adopción de una *anti-suit injunction*, al constituir ésta una injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero.

El tribunal considera que esta injerencia no puede encontrar amparo ni en el carácter indirecto y personal de la medida ni en un intento de impedir un abuso procesal, ya que esta valoración supone, igualmente, en sí misma una injerencia en el ámbito de la jurisdicción de otro órgano jurisdiccional.

Se refiere también el tribunal a los posibles conflictos derivados de la adopción una *anti-suit injunction*, fundamentalmente, que el Estado concurrente dicte una resolución haciendo caso omiso a la medida o que dicte, a su vez, una *anti-suit injunction.*

Piénsese, en este sentido, que cabría la ilógica posibilidad de que, en virtud del sistema de reconocimiento recíproco y automático de las sentencias dictadas en los Estados miembros de la Unión, el tribunal que ha emitido la *anti-suit injunction* hubiera de acordar el reconocimiento de una sentencia dictada por el Estado miembro que, afectado de forma indirecta por la *anti-suit injunction,* hubiera continuado con el procedimiento y alcanzado una decisión sobre el fondo del mismo.

De igual forma, parece claro que en el ámbito de la Unión este tipo de órdenes atenta contra un básico principio de «igual de armas» entre las distintas jurisdicciones.

En este sentido, el entonces Abogado General, D. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer señaló en sus conclusiones que:

> (…) también resulta inherente al principio de confianza recíproca el que las cuestiones determinantes de la competencia de los jueces de un Estado se ventilen de acuerdo con reglas uniformes o, lo que es lo mismo, que cada órgano jurisdiccional se encuentre, a estos efectos, en pie de igualdad con los demás.
> (…) Si todos los jueces europeos se arrogaran semejante poder, sería el caos. Si sólo lo utilizaran los jueces ingleses, ejercerían por su cuenta una función distributiva que el Convenio de Bruselas confía a unos criterios menos flexibles, pero más objetivos, imponiéndolos a todos de igual manera.

En definitiva, el tribunal rechazó la interferencia en el ámbito de la jurisdicción de un Estado miembro, ya fuera ésta de forma directa o indirecta, y ello con independencia de cuál fuera, a su vez, el motivo de tal injerencia.

Como señala el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo* sobre la aplicación del Reglamento n.° 44/2001 de 29 de abril de 2009, «en el asunto n.° C-159/02 (*Turner*) el tribunal confirmó además que los mecanismos procesales que existen conforme al Derecho nacional y que permiten consolidar el efecto de los acuerdos de elección de foro (como las *anti-suit injunctions*) son incompatibles con el Reglamento si interfieren indebidamente con la determinación por los tribunales de otros estados miembros de su competencia con arreglo al Reglamento».

5.3. Allianz SpA vs. West Tankers (sentencia de 10 de febrero de 2009, asunto n.° 185/07)

La relevancia de esta Sentencia parte del hecho de que por primera vez el TJCE entra a analizar la relación entre el arbitraje y el área judicial europea en relación particular con la cabida de las *anti-suit injunctions* en el ámbito de aplicación del Reglamento.

No entraremos a analizar en detalle los presupuestos de hecho del caso mencionado; basta señalar a los efectos de este somero análisis, que un navío (*The Front Connor*) chocó contra un muelle en Sicilia. Los contratos relevantes incluían una cláusula de sumisión a arbitraje en Londres, al cual se dio inicio. Al tiempo, se inició un procedimiento judicial en Siracusa frente a la propietaria del buque (la sociedad *West Tankers*), la cual acudió a la *High Court of Justice* del Reino Unido solicitando que tal

litigio se sometiera a arbitraje y que se dictara una orden conminatoria por medio de la que se prohibiera a los demandantes en Italia proseguir con el litigio allí iniciado.

La *High Court of Justice* acogió esta pretensión y dictó la correspondiente *anti-suit injunction.* La resolución fue recurrida por los demandantes ante la *House of Lords*, quien elevó una cuestión prejudicial al TJCE planteando la compatibilidad de las *anti-suit injunctions* con el Reglamento n.º 44/2001 en los siguientes términos:

> ¿Es compatible con el Reglamento (CE) n.º 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una resolución por la que se prohíbe a una persona iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral?

La conclusión del tribunal fue clara:

> La adopción, por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de una orden conminatoria cuyo objeto consiste en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La conclusión que se puede extraer de esta sentencia es igualmente clara: las *anti-suit injunctions* son incompatibles con el marco judicial europeo.

Lo cierto es que las resoluciones del TJCE anteriormente mencionadas podían hacer previsible el contenido del fallo ante una pregunta como la que se le planteó en el caso *West Tankers*; de la misma forma, los principales fundamentos esgrimidos por el TJCE se ajustan a lo que era de esperar.

Por una parte, el TJCE entiende que una *anti-suit injunction* contraviene el principio general recogido en el Reglamento n.º 44/2001, en virtud del cual cada órgano jurisdiccional ha de determinar por sí mismo su propia competencia, sin que resulte autorizado que un órgano jurisdiccional de otro Estado controle la competencia de aquél.

De igual forma, el TJCE entiende que por su propia naturaleza una *anti-suit injunction* es contraria al principio de confianza recíproca entre los Estados miembros y a la confianza que éstos depositan en sus respectivos sistemas jurídicos e instituciones

judiciales, sobre la que se construye el régimen de competencias que recoge el Reglamento n.° 44/2001.

Finalmente, el TJCE entiende que la admisión de las *anti-suit injunction* privaría a las partes de una tutela judicial efectiva.

En efecto, si mediante una *anti-suit injunction* pudiera evitarse que un órgano jurisdiccional examinara su propia competencia, cualquiera de los litigantes podría evitar el procedimiento invocando la existencia de un convenio arbitral. Ello, a su vez, impediría que la parte que entendiera que tal convenio es nulo, ineficaz o inaplicable, pudiera obtener la tutela de esta pretensión ante el órgano judicial privado de su competencia por medio de la medida antiproceso.

En realidad, desde nuestro punto de vista, este último fundamento del TJCE viene a poner en duda la eficacia práctica de las medidas antiproceso como medio para evitar actuaciones procesales maliciosas de las partes, lo cual constituye de hecho uno de los principales argumentos en defensa de las medidas antiproceso.

En este sentido, el TJCE entiende que las *anti-suit injunctions* impiden «que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de libre circulación de las resoluciones en esta misma materia».

En definitiva, como hemos venido diciendo, el TJCE destaca que aunque la *anti suit* requiriera de un reconocimiento previo en el Estado en el que se intente hacer efectiva su adopción, tiene un efecto inmediato sobre la parte frente a quien se dirige; ésta no sólo habría de sufrir la medida, sino las consecuencias de su incumplimiento en Inglaterra, las cuales incluyen la posibilidad de su privación de libertad al pisar suelo inglés, lo que parece además casar mal con la libertad de circulación en el ámbito europeo.

6. La cuestión está zanjada en el ámbito judicial europeo… ¿o no?

A la vista de lo expuesto, la conclusión es clara: las medidas antiproceso no tienen cabida en el ámbito del espacio judicial europeo.

De esta forma, la *House of Lords* queda vinculada por la resolución del TJCE y con ello, igualmente los tribunales inferiores.[7]

Esta situación, sin embargo, parece casar mal con la perspectiva inglesa de la materia.

En efecto, la jurisdicción inglesa tradicionalmente se ha mostrado como una jurisdicción claramente favorable al arbitraje[8] y a la adopción de medidas antiproceso en protección del mismo. Precisamente, una de las ofertas diferenciales de Inglaterra como sede arbitral es la posibilidad de la adopción de medidas antiproceso.

Además, el arbitraje en aquella jurisdicción se ha visto fomentado por quienes buscan por esta vía un refugio a la falta de seguridad que, en ocasiones, pueden mostrar sus jurisdicciones de origen, en particular, en materia de ejecución de sentencias.

En este contexto, la propia *House of Lords* ha mostrado su temor a que la decisión del TJCE pudiera afectar a los arbitrajes cuya sede es Londres, al verse éstos privados de una de las «armas» en las que las partes podrían haber confiado como base para la toma de su decisión sobre el lugar del arbitraje.

Bien es cierto que la sentencia del TJCE puede animar a otras jurisdicciones a contemplar con menos consideración las *anti-suit injunctions* dictadas por los tribunales ingleses, pudiendo verse, en cierta forma, amparados en aquéllas para declararlas contrarias a su orden público interno.[9]

---

7 Téngase presente que en virtud de la declaración de la *House of Lords* conocida como *Practice Statement-Judicial Precedent*, este tribunal puede separarse de sus propios precedentes en aquellos casos en los que le parezca justo. No es éste el ámbito de nuestro estudio, pero es evidente que en caso de que así lo considerara en relación con las *anti-suit injunctions* en el espacio jurídico europeo se abriría un debate de calado en el seno de la misma.

8 Como detalle, baste señalar que la *Arbitration Act* es resultado, fundamentalmente, del trabajo de Lord Saville, renombrado juez a cargo, entre otros asuntos, de las investigaciones desarrolladas en relación con los sucesos vinculados con el *Bloody Sunday* acaecido en 1972.

9 Resulta interesante, en este sentido, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de julio de 2002 (JUR 2002\204638), el cual señala que «(…) Por otro lado, el orden público que actúa como límite al reconocimiento y a la declaración de ejecutoriedad de las sentencias extranjeras responde a un sentido internacional del concepto, identificado, sí, con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado, pero también transido de los que informan la cooperación jurídica internacional, que en el ámbito comunitario presentan especial relevancia en la medida en que se trata de conseguir la efectiva libre circulación de resoluciones dentro del más amplio objetivo de la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia que a su vez posibilite el logro del mercado interior en el espacio comunitario. Estos principios esenciales se han identificado en el ordenamiento español con los consagrados

Sin embargo, quizá lo relevante desde la perspectiva continental es que otras sedes no disponen de este instrumento y que ello no es obstáculo ni para que cuenten con un reconocido prestigio ni para que sigan dictando un gran número de laudos arbitrales. Londres cuenta, además, con un prestigio y una trayectoria propios que ni el TJCE ni sus resoluciones han puesto en tela de juicio.

Además, los tribunales ingleses han seguido haciendo gala de una tendencia natural a buscar la protección del arbitraje.

Buena muestra de ello es el asunto *BNP Paribas vs. Russian Machines and Others*,[10] en el que los tribunales ingleses han dictado una serie de *anti-suit injunctions* frente a una serie de sociedades filiales de las anteriores que ni tan siquiera eran parte del acuerdo de sujeción a arbitraje.

En el contexto del caso *West Tankers* algunos autores han buscado vías alternativas con el objeto de superar, aun de forma indirecta, la limitación impuesta por las resoluciones del TJCE.

En efecto, en el momento en el que el TJCE dictó su sentencia sobre el asunto *West Tankers*, el tribunal arbitral ya había decidido sobre su competencia y sobre las responsabilidades derivadas del choque del navío, mientras que los tribunales italianos no habían decidido aún ni sobre su jurisdicción ni sobre estas últimas.

---

y tutelados constitucionalmente, particularmente con los derechos fundamentales y libertades públicas, tanto de carácter sustantivo o material, como procesal o formal (*cf.* AATS 24-4-2001 y 3-5-2001, entre otros, y SSTC n.° 54/89 y n.° 132/91). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, en su labor interpretativa del Convenio de Bruselas, si bien ha declarado que no le incumbe definir el contenido del concepto de orden público en un Estado contratante, pues es tarea propia de cada Estado, ha precisado que sí le está permitido, en cambio, controlar los límites dentro de los cuales los tribunales nacionales pueden recurrir a este concepto como motivo de la denegación del *exequatur*; esto es, puede a través de su jurisprudencia interpretativa señalar los límites externos de su contenido. De este modo, si un error en la aplicación del derecho no puede constituir nunca motivo de ORDEN público en sentido internacional, tampoco justifica *per se* el recurso al orden público una violación de un derecho o principio jurídico considerado esencial por el ordenamiento del Estado receptor que no sea manifiesta; y, en todo caso, el orden público ha de entenderse desde una concepción restrictiva en su aplicación, excepcional más bien, que contemple la diversidad de sistemas jurídicos entre los Estados miembros, de forma que no permita la denegación del reconocimiento por el simple hecho de tratarse de una institución o figura jurídica desconocida en el foro, o cuyos efectos o consecuencias jurídicas sean igualmente desconocidos, precisándose, en todo caso, una lesión o vulneración de un principio fundamental del ordenamiento (*cf.* SSTJ asiento n.° 7/98, y asiento n.° C-38/98)».

[10] 2012 Ewhc 1023 (Comm), Case n.° 2011, folio 721, High Court of Justice. Queen's Bench Division Commercial Court.

El Reglamento, por su parte, señala que no se ejecutará una sentencia de un Estado extranjero si la misma es inconciliable con una dictada en relación con las mismas partes en el Estado al que se requiere la ejecución (artículo 34.3).

Si bien es discutible si el artículo 34.3 se refiere a una sentencia sobre el fondo o si cualquier resolución de un órgano judicial podría incluirse en el mismo, lo cierto es que la ejecución del laudo dictado en el caso *West Tankers*, y una resolución favorable al respecto dictada por un órgano judicial podría dar base a que se rechazara la ejecución de una resolución dictada por los tribunales italianos en caso de tener un contenido contrario a la dictada por el tribunal arbitral y «sancionada» por los tribunales ingleses. Si bien la cuestión es altamente discutible, lo cierto es que la misma abriría una vía para superar la sentencia del TJCE.

Otro medio para superar la sentencia *West Tankers*, o su aplicación práctica en cualquier otro caso similar, sería reclamar daños en el procedimiento arbitral por el incumplimiento de la cláusula de sumisión a arbitraje.

Estos daños podrían comprender el importe de los costes del procedimiento judicial y, adicionalmente, el importe de cualquier suma concedida por los tribunales que no se ajuste a lo decidido por el tribunal arbitral.

Sin duda, un laudo arbitral en el sentido expuesto abriría un debate sobre el espíritu de las resoluciones dictadas por el TJCE y sobre el acomodo de aquél a éstas, al permitir obviar de forma indirecta los límites impuestos a las medidas antiproceso.

En definitiva, si bien la cuestión parece cerrada por la Sentencia *West Tankers*, lo cierto es que quedan ciertos flecos pendientes que pueden plantear serias dudas.

Como bien señala el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE)* n.º *44/2001* de 21 de abril de 2009, «(…) el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales adoptadas por los tribunales sin tener en cuenta una cláusula de arbitraje son inciertos; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales sobre la validez de una cláusula de arbitraje o la anulación de un laudo arbitral son inciertos; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales que incorporan un laudo arbitral son inciertos y, finalmente, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, regulados por el Convenio de Nueva York, se consideran menos rápidos y eficaces que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales».

Quizá un camino para resolver alguno de los problemas que ha puesto de manifiesto el caso *West Tankers* sería que los tribunales del Estado sede del arbitraje sean quienes decidan con carácter previo sobre la sumisión a arbitraje.

En el caso *West Tankers*, ello habría supuesto que, una vez los tribunales ingleses hubieran decidido sobre la cuestión, los italianos habrían quedado vinculados por ella, evitándose de esta forma alguna de las problemáticas consecuencias expuestas.

7. Conclusión

Las medidas antiproceso son tanto por su origen como por su finalidad, una figura de difícil aceptación y comprensión fuera de las jurisdicciones en las que las mismas encuentran su origen.

Su origen en el derecho común, al amparo de la moral y de la búsqueda de la justicia material, es de difícil aceptación en el continental, en que los efectos de las medidas antiproceso pueden percibirse, precisamente, como una perversión del mismo, al alterar el régimen de la tutela judicial del individuo y de asignación de competencia de los órganos judiciales.

Se trata, en mi opinión, de medidas exorbitantes e injustificadas, que sitúan en una posición desigual a las diferentes jurisdicciones, y cuya justificación en ocasiones recuerda a la esgrimida para la protección del patrimonio artístico de otros países, lo que, sin entrar a valorar su razonabilidad en épocas pretéritas, en la actualidad parece casar mal con un proyecto de construcción europea y con un marco judicial común en el seno de la misma.

En ocasiones, además, son intereses políticos o económicos los que han llevado a que estas medidas se dicten al amparo del proteccionismo local y no de un intento de salvaguardar el procedimiento y la posición jurídica de las partes en el mismo, lo que ha planteado importantes problemas de aplicación práctica.

Sin embargo, la coexistencia entre uno y otro sistema jurídico ha hecho necesario encontrar una respuesta adecuada y práctica a esta cuestión.

Esta respuesta surge en el ámbito arbitral a la luz de las particularidades de cada uno de los casos que se presentan en la práctica. La ausencia de un órgano regulador supranacional en este ámbito dificulta la existencia de aquello que resultaría más aconsejable, esto es, un marco predeterminado que ofrezca una solución previa al conflicto y con ello, seguridad jurídica para las partes en el proceso.

En este contexto, el espacio jurídico europeo es un escenario propicio para la aparición de problemas derivados de la aplicación práctica de una medida antiproceso. Por ello, en este ámbito resulta imprescindible articular la coexistencia entre los dos sistemas, enfrentados en esta materia y que, de forma necesaria, por la simple inercia de las relaciones jurídicas entre los actores de ambos, han de verse enfrentados.

Es por ello por lo que ha sido el TJCE quien se ha visto en la necesidad de dar una respuesta más clara a esta cuestión, zanjándola, al menos aparentemente, al afirmar en nuestra opinión de forma más que razonable, la incompatibilidad de las medidas antiproceso o *anti-suit injunctions* con el espacio judicial europeo.

Sin embargo, supuestamente zanjado el debate, lo cierto es que se plantean vías para obviar, aun de forma indirecta, el contenido de las resoluciones del mencionado tribunal.

Ello deja abierta la materia y plantea interesantes cuestiones a las que será necesario dar una adecuada respuesta en el momento en el que las mismas se planteen, respuesta que, en nuestra opinión, debería de cerrar la puerta a cualquier intento de obviar el espíritu de aquellas resoluciones.

Bibliografía

Alford, Roger. «Antisuit Injunctions and International Law». *Kluwer Arbitration*, 2011.

Arenas García, Rafael. «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento n.º 44/2001: de *Van Uden* a *West Tankers* y sus consecuencias». *Arbitraje*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Editada por Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas, IproLex, 2009, vol. 2, issue 2, pp. 401-247.

Bell, Andew & Justin Gleeson. *The anti-suit injunction*. Banco Chambers, diciembre 2007.

Blechman, Michael D. & Karine E. Garvey. *Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations*. Editado por Gordon Blake y Phillip Landolt, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners. Kluwer Law International, 2011.

Caso *Erich Gasser GmbH* contra *MISAT,* C-116/2002. *Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger*.

Caso *Gregory Paul Turner vs. Felix Fareed Ismail Grovit and Others*, C-159-2002. *Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*.

Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, en su sesión de día 29 de junio de 2010. Bruselas, 21.4.2009 COM (2009) 174 final. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*.

Constantine Partasides, Nigel; Alan Redfern; J. Martin H. Hunter. «Powers, Duties, and Jurisdiction of an Arbitral Tribunal». I*nternational Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 313-362.

Córdoba, Julio. «CN Contencioso Administrativo Federal, sala IV, 03/07/07, Estado Nacional-Procuración del Tesoro c/ Cámara de Comercio Internacional». En *DIPr Argentina*, 05/07/07, Diario Judicial 03/07/07, en LL 2008-A, 48, en LL Sup. Adm. 2007 (diciembre), 40, en SJA 14/11/07.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. «Reference for a preliminary ruling from the *House of Lords*». 15.8.98, C-258/27.

ELVIRA BENAYAS, M.ª Jesús. «Las *anti-suit injunctions* y la cooperación judicial internacional entre los miembros de la Comunidad Europea: Convenio de Bruselas de 1968 y Convenios sobre notificación». Revista del Poder Judicial, 2000.

GAILLARD, Emmanuel. «Teoría Judicial del Arbitraje Internacional». *Wiley*, Limusa, 2 de julio de 2012.

GAILLARD, Emmanuel. «Pervasive Problems in International Arbitrations». Editado por Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew QC, International Arbitration Law Library. Kluwer Law International, 30 de mayo de 2006.

GAY, Robert. «Anti-Suit Injunctions, European Law and London Arbitration». Steamship Mutual, August 2005.

GEORGE, Martin. «Arbitration Agreements, Anti-Suit Injunctions and the Brussels Regulation». *Conflicts of Law*, noviembre del 2007.

GOLDSTEIN, Marc J. «Arbitrators' Anti-Arbitration Injunctions: 'Beyond the Limits of Power?'». *Litigation & Arbitration commentaries*. Arbitration Chambers.

GÓMEZ JENE, Miguel. «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I». Diario *La Ley*, ISSN 1138-9907, n.º 7601, 2011.

GÓMEZ JENE, Miguel. «Arbitraje y Reglamento n.° 44/2001: consecuencias de la sentencia *West Tankers*». Revista del Club Español del Arbitraje, editada por Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias, Wolters Kluwer, España, vol. 2009 Issue n.° 6, pp. 5-18.

GÓMEZ JENE, Miguel. «Arbitraje y Reglamento n.° 44/2001: nuevas propuestas de la Comisión». Diario *La Ley*, 21 de junio de 2006.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Ed. Porrúa, 2008.

GORSKIE, Jennifer L. «US Courts and the Anti-Arbitration Injunction». *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2012, vol. 28, issue n.° 2, pp. 295-323.

KABRAJI, Kairas N. *Allegations of corruption vitiate international commercial arbitration, the Pakistan Experience*. *Law Conference 2001*, Session reference n.° S17/25. Christchurch, 2001.

Lévy, Laurent. «Anti-suit injunctions issued by arbitrators». *IAI International Arbitration*, series n.° 2. Juris Publishing, Inc., 2005.

López de Argumendo Piñero, Álvaro. «Multi-step dispute resolution clauses». Editado por Bernardo Cremades, David Arias y Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2010 y en *Mondaq*, 10/01/2011, 2010-2011.

Marchal Escalona, Nuria. «Algunas reflexiones en torno al reglamento (CE) número 1348/2000 de 29 de mayo». Diario *La Ley*, «Sección Doctrina», 2001, Ref. D-129. Madrid: Editorial La Ley, tomo 4.

Mariño, Manuel J. «Arbitraje. Medida Cautelar». Marval, O'Farrell & Mairal, 31 de julio de 2007.

Miles, Hannah. «Anti-Suit Injunctions: the beginning of the end?». Education & Training notes, Clifford Chance UK-L&DR, 12 de julio de 2004.

Murray Rosen, QC. *Anti-Suit Injunctions*. Herbert Smith LLP, 2005.

Nazzini, Renato. *Parallel proceedings before the Tribunal and the Courts/Competition Authorities*. Blanke, Gordon y Landolt, Phillip (editores), EU and US Antitrust Arbitration: a Handbook for Practitioners. Kluwer Law International, 2011, pp. 881-916.

Blackaby, Nigel y Constantine Partasides; *et al*., Redfern and Hunter on International Arbitration. *The Role of National Courts During the Proceedings*. (Oxford University Press, 2009), pp. 439-464.

Quass Duarte, Rocardo. *Anti-Suit Injunctions in the context of International Commercial Arbitration*, 2010.

Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, (D.O.U.E. serie L., n.° 12, de 16 de enero), relativo a la «competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil».

Requejo Isidro, Marta. «Las órdenes *antisuit* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Diario *La Ley* n.° 7165, Sección Tribuna, 30 de abril de 2009, año XXX, Ref. D-155, Editorial La Ley.

Requejo Isidro, Marta. «Medidas antiproceso: *Turner vs. Grovit*, final discutible de un debate». Diario *La Ley* n.º 6051, Sección Unión Europea, 30 de junio de 2004, año XXV, Ref. D-145. Madrid: Editorial La Ley.

REQUEJO ISIDRO, Marta. «*West Tankers*: otra vez no a las *anti-suit injunctions*». Editado por Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas. *Arbitraje*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex, 2009, vol. 2, issue n.° 2, pp. 429-437.

SCHERER, Matthias & Jahnel WERNER. «Anti-suit and anti-arbitration injunctions in international arbitration: a Swiss perspective». *International Arbitration Law Review*, vol. 12, issue n.° 4, 2009, pp. 66-73.

SIERRA NOGUERO, Eliseo. «Un revés europeo al arbitraje londinense: la *anti-suit injunction* en apoyo al convenio arbitral es incompatible con el Derecho Comunitario». *Arbitraje*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Editada por Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas. IproLex, 2009, vol. 2, issue n.° 2, pp. 439-458.

STACHER, Marco. *Enjoining Foreign Litigations and Arbitration-Beholding the System from Outside*. Cornell Law School Graduate Student Papers. Paper n.° 8 (2005).

The Britannica Online Encyclopedia. Encyclopædia Britannica, Inc., 2012.

Tribunal de Justicia (Pleno), asunto n.° C-159-2002, *Gregory Paul Turner vs. Felix Fareed Ismail Grovit et al*. sentencia de 27 de abril de 2004.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala). Caso *Allianz SpA y Otros* contra *West Tankers Inc*. Sentencia de 10 de febrero de 2009. TCJE/2009/22 C-185/2007. *Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott*.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso *Van Uden Maritime BV* contra *Line y otros* (TCJE/1998/275). Sentencia de 17 de noviembre de 1998.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso *Erich Gasser GmbH* contra *MISAT Srl*. (TJCE/2003/432). Sentencia de 9 de diciembre de 2003.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta). Caso *Italian Leather SpA* contra *WECO Polstermöbel GmbH and Co*. (TJCE/2002/183). Sentencia de 6 de junio de 2002.

Umar Ata Bandial, 2006. *Limitations on arbitrability of international commercial disputes under Pakistani law*.

WILSON, Maura E. «British Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members». *Cornell International Law Journal*, 2003, pp. 212-213.

La ejecución en Europa de un laudo anulado en el país en el que fue dictado: la perspectiva francesa y la de otros estados europeos

Christian Larroumet

El interés de los Estados sobre el arbitraje internacional se manifiesta desde varios puntos de vista. Así, entre los más importantes, está la arbitrabilidad. Es obvio que no existe una aprensión transnacional de la arbitrabilidad sino una aprensión puramente estatal de los litigios que pueden ser el objeto de la justicia arbitral. Es la ley de un Estado determinado (el Estado de la nacionalidad de una de las partes en el arbitraje o el Estado del lugar de la ejecución del laudo) la que determina la arbitrabilidad de una controversia. Otra manifestación del interés de los Estados en el arbitraje es la intervención de un juez de apoyo para permitir un desarrollo satisfactorio del arbitraje. Sobre todo, los Estados intervienen en materia de anulación de un laudo así como para otorgar o denegar el exequátur. Muchos Estados tienen una legislación en materia de arbitraje internacional, cuyo objeto es organizar las disposiciones que se aplican al arbitraje internacional, lo que es otra manifestación de la aprensión de este arbitraje por los Estados. Estas legislaciones estatales tratan eventualmente de la cuestión de la arbitrabilidad y, necesariamente, de la competencia del juez de apoyo, de la anulación del laudo y del exequátur.

Así se puede entender que el arbitraje internacional no puede estar sometido solamente a la voluntad de las partes en el acuerdo de arbitraje. Cierto, no se puede concebir el arbitraje sin acuerdo de las partes. Sin embargo, no se puede reducir el arbitraje a una justicia contractual basada sobre el solo acuerdo arbitral. El arbitraje internacional supone la intervención de reglas que se imponen a las partes. Se trata, en primer lugar, de reglas estatales y, más especialmente, de las legislaciones estatales que tienen como objeto reglamentar y controlar el arbitraje internacional. Sin embargo, si este arbitraje debería someterse solamente a los ordenamientos estatales, eso sería una causa de desorden en la medida en que estas reglas son obviamente a veces diferentes de un Estado a otro. Unos Estados podrían ser muy abiertos al arbitraje internacional y tener una legislación muy liberal en esa materia, mientras otros serian muy exigentes, al manifestar una desconfianza para con esa justicia contractual, lo que podría constituir un freno a su existencia y su desarrollo. Por eso, los Estados que

tienen un papel importante en el comercio internacional han ratificado Convenios internacionales relativos al arbitraje internacional con el objeto de reglamentar esté, en particular para permitir la acogida en un Estado de un laudo dictado en un proceso arbitral cuya sede fue otro Estado.

Al origen, en el arbitraje, se había considerado que se debía asimilar el árbitro a un juez estatal, más especialmente a un juez del país de la sede del arbitraje. Eso correspondía a una concepción territorial del arbitraje. El árbitro, así como el juez, juzga en un Estado determinado. Su actividad y también el laudo tienen que estar vinculados con un Estado. En otros términos, en el arbitraje, como en la justicia estatal, habría una *lex fori,* la ley de la sede del arbitraje, que unos académicos nombran *lex arbitri.* La idea sería la necesidad de localizar el arbitraje para determinar la ley estatal según la cual el arbitraje se regiría. La consecuencia de una tal concepción territorial del arbitraje internacional era que sería el Estado de la sede del arbitraje que tendría vocación a reglamentar y controlar este arbitraje. Por eso, el procedimiento arbitral debería someterse a las leyes del Estado de la sede y también los recursos de nulidad del laudo. La ley estatal de la sede tendría propensión a dominar el arbitraje y el juez del Estado de la sede tendría naturalmente, en una tal concepción, vocación a intervenir para controlar la regularidad del arbitraje, más especialmente aplicar su propio orden público internacional, en particular por medio de un recurso de nulidad del laudo, lo que significa que la validez del arbitraje y del laudo deberían depender de la ley estatal de la sede. Un tal recurso de nulidad es totalmente independiente del exequátur del laudo que es otorgado o denegado por el juez del Estado en el cual el ganador del juicio arbitral quiere perseguir la ejecución del laudo. Ahora bien, para otorgar o denegar el exequátur, el juez tiene que controlar la validez del laudo y la regularidad del procedimiento arbitral. Sin embargo, salvo si se admite que la sentencia del juez de la sede se impone al juez del exequátur, el juez de la ejecución y el juez de la sede son totalmente independientes uno de otro. El juez de la sede, por ejemplo, podría anular el laudo porque la controversia no era arbitrable o contraria a su concepción del orden público internacional, mientras, para el juez del exequátur, la controversia podía estar sometida al arbitraje o el laudo no era contrario al orden público del Estado de ejecución. Desde entonces, hay un riesgo de contrariedad entre estas sentencias respecto a la validez del laudo. Se trata de una cuestión que no dejo de llamar la atención de los redactores de los convenios internacionales en materia de arbitraje internacional, así como de los legisladores estatales.

La primera Convención Internacional relativa al arbitraje internacional, la Convención de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, había decidido, para evitar un riesgo de contrariedad entre una sentencia de anulación del laudo en el Estado de la sede del arbitraje y la sentencia de exequátur en el Estado de ejecución de dicho laudo, que el laudo debía ser definitivo en el país de la sede para que el juez del país

donde se demanda el exequátur pueda reconocer la existencia del laudo y otorgar el exequátur. En el caso de que un recurso ya fuera entablado, el juez del país de ejecución no podría otorgar el exequátur. En realidad, resultaba del Convenio de Ginebra que la contrariedad entre ambas sentencias era imposible porque el juez de la ejecución estaba sometido a la decisión del juez de la sede del arbitraje. La *lex fori* o *lex arbitri* dominaba el arbitraje. Sin embargo, cuando el laudo no había sido anulado en el Estado de la sede, el juez de ejecución podía denegar el exequátur, por ejemplo, si la controversia no era arbitrable en el Estado de ejecución o si el laudo era contrario al orden público internacional de este último Estado. Por consiguiente, si cierto es que la ley de la sede tenía tendencia a dominar el arbitraje, también se debía contar con la ley del país de la ejecución. En el sistema de la Convención de Ginebra, no se trataba propiamente dicho de la exigencia de un doble exequátur, uno en el país de la sede y otro en el país de ejecución. Sin embargo, la necesidad de la existencia de un laudo definitivo, es decir, no susceptible de recurso, permitía acercar el sistema de Ginebra del doble exequátur.

La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 considera la cuestión de una manera diferente. En adelante, no sería necesario que el laudo sea definitivo en el país de la sede del arbitraje. En primer lugar, en virtud del artículo V-1-e de esta Convención, «se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo, a instancia de la parte contra la cual es invocado, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que o conforme a cuya ley ha sido dictado ese laudo». En segundo lugar, en virtud del artículo VI de la Convención, se admite que el juez de la ejecución podrá aplazar su decisión respecto al exequátur si el laudo es el objeto de un recurso de anulación o de suspensión en el país de la sede. Sin embargo, el articulo VII-2 de la Convención enuncia que «las disposiciones de la presente Convención no afectaran la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de los laudos concertados por los Estados Contratantes ni privaran a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer un laudo en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoca». Por consiguiente, si el principio, en virtud de la Convención de Nueva York, es que la nulidad del laudo en el país de la sede puede constituir un obstáculo a su reconocimiento y ejecución en el país donde se demanda dicho reconocimiento o ejecución, este principio es flexible en la medida en que las disposiciones más favorables a la validez del laudo del país del reconocimiento y de la ejecución se aplicaran a la iniciativa de la parte que demanda el exequátur sin que la otra parte pueda oponerse a esa demanda. Así se debe considerar que la Convención de Nueva York se aleja de la concepción territorial del arbitraje. La ley de la sede no predomina como en la Convención de Ginebra de 1927. La primacía está dada a la

ley del reconocimiento y ejecución, en la medida en que, si esa ley fuera más abierta a la validez del laudo, el juez deberá, si la parte ganadora lo demanda, aplicarla. En otros términos, la nulidad del laudo en el país de la sede no es un obstáculo al reconocimiento y la ejecución. Es una solución que se basa, obviamente, sobre otra concepción del arbitraje. La ley que debe regir la validez del laudo no es la *lex fori.* En realidad, no hay *lex fori* en materia de arbitraje internacional. La primacía de la ley del Estado del exequátur corresponde a la falta de localización o de territorialidad del arbitraje internacional. No se puede asimilar el árbitro a un juez estatal. El árbitro internacional tiene su propio poder de conformidad a la voluntad de las partes y no de la ley de tal o tal país. Es un gran progreso favorable al desarrollo del arbitraje internacional que corresponde al *favor arbitratis* tan importante en materia de comercio internacional.

Otros dos textos internacionales se han redactado en la misma inspiración que la Convención de Nueva York. Se trata, en primer lugar, de la Ley Modelo de la CNUDMI de 21 de julio de 1985. El artículo 34 de la ley modelo admite el derecho, de una parte, a demandar la nulidad del laudo ante el juez del país de la sede. En realidad, el texto no dice expresamente que se trata de un juez de la sede porque son los Estados que adoptan la ley modelo que tienen que determinar el juez (art. 6). Sin embargo, es obvio que se trata esencialmente de un juez del país de la sede. El articulo 36-1-V y 2 adopta exactamente las mismas disposiciones que el artículo V de la Convención de Nueva York. Sin embargo, el texto es más restrictivo en la medida en que no contiene una disposición igual al artículo VII de la Convención de Nueva York, pero se debe considerar que si esa disposición se puede entender en una Convención internacional, no puede ser integrada en una ley modelo. En segundo lugar, la Convención de Ginebra de 21 de abril de 1961, aplicable al arbitraje internacional entre los países europeos, manifiesta un liberalismo aun más grande en favor del arbitraje internacional respecto al efecto de la anulación del laudo en el país de la sede cuando el ganador demanda el exequátur en otro país. En efecto, en una tal situación, el juez de la ejecución, a diferencia de lo que decide la Convención de Nueva York, no puede denegar el exequátur por motivo de la sentencia del juez de la sede que ha anulado el laudo por inarbitrabilidad de la controversia de conformidad con la ley de la sede y por contrariedad del laudo al orden público internacional del país de la sede. Es obvio que se trata de limitar la territorialidad del arbitraje internacional.

En Europa, un número significativo de leyes estatales de arbitraje se han inspirado de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Así son la ley de arbitraje de Suecia del 4 de marzo de 1999 (art. 54-5), el *Arbitration Act* de 1996 del Reino Unido (art. 103-2 y 5), el Código de Procedimiento Civil neerlandés (art. 1076-1-A-d y e), el Código de Procedimiento Civil italiano (art. 840-5). Estos textos consideran que, en el caso de anulación del laudo en el país de la sede del arbitraje, el juez debe

denegar el exequátur o, salvo en la ley neerlandés, si un recurso de anulación fuera pendiente en el mismo país, el juez del exequátur debe aplazar su decisión. Se debe subrayar, respecto a estas leyes, que, a diferencia de la Convención de Nueva York, el juez del exequátur debe denegar el exequátur en caso de anulación del laudo en su país de origen. En efecto, la Convención de Nueva York (art. V) afirma que «sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo» en ciertas situaciones entre las cuales se encuentra la anulación del laudo en el país de la sede. En otros términos, las leyes de arbitraje parecen más estrictas que la Convención de Nueva York. En efecto, se podría interpretar las palabras «sólo se podrá» como una restricción al derecho, para el ganador en el arbitraje, de gozar del exequátur en ciertas circunstancias, pero no como una obligación del juez del exequátur de denegar esté en todas estas circunstancias.

Otras legislaciones europeas podrían ser menos estrictas. En Derecho alemán, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en materia de arbitraje (libro X del 22 de febrero de 1997) aparecen más abiertas al exequátur. En efecto, el apartado 1061 (1) de este código se limita a afirmar que «el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros se rigen por la Convención» de Nueva York, lo que permitiera al juez considerar que no tenía la obligación de denegar el exequátur en el caso de anulación del laudo en el país de origen. Además, el apartado 1061 (3) decide que, cuando el juez alemán otorgara el exequátur antes de la anulación del laudo en otro Estado, se puede demandar la anulación del exequátur. El texto de este apartado no afirma que, en tal situación, el juez tenga la obligación de anular el exequátur. Sin embargo, si la interpretación del apartado 1061 (1) que hace la jurisprudencia alemana está en favor de la obligación del juez de denegar el exequátur cuando el laudo ha sido anulado en otro Estado, se debería aplicar la misma solución cuando la sentencia extranjera de anulación es posterior al exequátur, es decir que el juez tiene la obligación de anular el exequátur. Ahora bien, la jurisprudencia alemana es favorable a la interpretación a favor de la obligación del juez de denegar el exequátur cuando el laudo ha sido anulado. La ley española de arbitraje del 23 de diciembre de 2003 está en el mismo sentido que el Derecho alemán. En efecto, el artículo 46 (2) de dicha ley se limita a mencionar que el exequátur es otorgado en las condiciones previstas por el Convenio de Nueva York.

La Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, como el Código de Procedimiento Civil alemán, dispone en su artículo 194 que «el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros se rigen por la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958». Sin embargo, en la interpretación de este texto, los jueces consideran que la denegación del exequátur en el caso de anulación del laudo extranjero es una obligación para el juez suizo; pero se debe mencionar también que, en Derecho suizo, cuando se trata de un arbitraje interna-

cional y ninguna de las partes tiene su domicilio o su residencia en Suiza, se puede estipular una renunciación a un recurso de anulación del laudo. En Derecho belga y en Derecho francés, las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Civil respecto al arbitraje internacional no son tan precisas como las de otras legislaciones europeas. En efecto, ni el Código belga, ni el francés precisan que el juez debe denegar el exequátur en el caso de anulación del laudo al extranjero o que el juez debe aplazar su decisión en el caso de una demanda de anulación del laudo en el país en el que fue dictado. Tampoco, estos códigos, a diferencia de las legislaciones suiza y alemana, no mencionan que el exequátur se rige por la Convención de Nueva York. Eso permite entender que la jurisprudencia de estos países haya consagrado soluciones más favorables al exequátur que en otros países europeos.

Efectivamente, la jurisprudencia belga y francesa han permitido el exequátur de los laudos anulados en el país de la sede del arbitraje. Una tal solución es conforme a la Convención de Nueva York. Las disposiciones del artículo V (1) (e) de esa Convención, como lo hemos visto, pueden ser rechazadas por el juez del exequátur en aplicación del Derecho común de su propia *lex fori* en la medida en que este Derecho común fuera más liberal respecto a las exigencias del exequátur que las disposiciones de la Convención de Nueva York. Es lo que resulta del artículo VII (1) de dicha Convención. Cierto, si los Códigos francés y belga de procedimiento civil hubieran integrado el artículo V (1) (e) de la Convención, como muchas legislaciones en Europa lo han hecho, no hubiera sido posible considerar que el Derecho estatal francés y belga fueran más liberales que el Derecho convencional internacional. Ahora bien, ni el Código francés, ni el belga han integrado las disposiciones de la Convención de Nueva York respecto a la denegación del exequátur. El artículo 1723 del Código belga enuncia que salvo la existencia de un tratado entre Bélgica y el país de la sede del arbitraje, el juez solo deniega el exequátur en tres situaciones entre las cuales no se encuentra una sentencia de anulación del laudo en su país de origen. En Francia, el artículo 1514 del Código de procedimiento civil afirma, respecto a los laudos dictados en el extranjero, que «los laudos son reconocidos o ejecutados en Francia cuando su existencia esta establecida por la parte que los invoca bajo la condición que dicho reconocimiento o ejecución no fuera, de una manera manifiesta, contrario al orden público internacional». Resulta de esa disposición legal que la anulación del laudo en su país de origen no constituye un motivo para denegar el exequátur. Obviamente, la solución podría ser diferente si se debiera considerar como de orden público internacional la anulación del laudo fuera de Francia. Sin embargo, nunca los jueces franceses han admitido eso y se debe aprobar esa posición porque considerar la anulación del laudo en el país de la sede del arbitraje, permitiendo denegar el exequátur en el nombre del orden público internacional, sería contrario al artículo VII (1) de la Convención de Nueva York que permite privilegiar la *lex fori* del reconocimiento o de la ejecución del laudo.

Así se puede justificar perfectamente la solución de conformidad con el artículo VII (1) de la Convención de Nueva York en Bélgica y en Francia.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa no ha querido justificar su posición solamente sobre la base del artículo VII (1) de la Convención de Nueva York. En realidad, las sentencias de los jueces han evolucionado durante cerca de treinta años respecto a la justificación de la solución. La primera sentencia francesa de la Corte suprema con fecha del 9 de octubre de 1984 se limita a invocar el principio que se encuentra en el artículo VII (1) de la Convención de Nueva York, lo que era una justificación perfectamente correcta. Otra sentencia del 10 de marzo de 1993 ha sido dictada en el mismo sentido y sobre la misma base. Es en una sentencia del 23 de marzo de 1994 que, por la primera vez, que la Corte suprema afirma respecto a un laudo dictado en otro país que «es un laudo internacional que no se integra al orden jurídico del Estado en que fue dictado, de tal manera que su existencia se quedaba establecida a pesar de su anulación y su reconocimiento no es contrario al orden público internacional». Esa sentencia permite entender la concepción del arbitraje internacional que adopta la jurisprudencia francesa. No se puede asimilar el árbitro a un juez. El poder del árbitro le es otorgado por la voluntad de las partes que quieren evitar cualquier justicia estatal o, por consiguiente, a un foro. En otros términos, se trata de alejar completamente el arbitraje internacional de una concepción localizadora o territorial. Hay una separación esencial entre el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. Cierto, el segundo encuentra una parte de su naturaleza en la voluntad de las partes y, desde este punto de vista, es igual al arbitraje doméstico. Sin embargo, no es suficiente para subrayar su originalidad. Ésa se encuentra en la satisfacción de las necesidades del comercio internacional. Desde entonces, es una necesidad que el arbitraje internacional no sea vinculado a un foro en la medida de lo posible y del ascendiente de los Estados respecto al reconocimiento y la ejecución de los laudos. Sin embargo, si esas consideraciones permiten limitar el ámbito de la intervención del Estado de la sede del arbitraje, porque no se necesita un foro respecto a la fuerza obligatoria del laudo, no se puede suprimir totalmente la intervención del Estado de reconocimiento y ejecución del laudo, porque, si la parte perdedora no quiere ejecutar por ella misma el laudo, será necesario recurrir a la ejecución forzosa de dicho laudo. Un Estado no puede otorgar la permisión de recurrir a la fuerza pública sin controlar, por lo menos en lo que se refiere a la conformidad del laudo al orden público internacional, la decisión del árbitro en el procedimiento de exequátur. Por eso, el Estado de reconocimiento y ejecución del laudo tiene un papel de primera importancia que, para nada, tiene el Estado de la sede del arbitraje. La localización del arbitraje es de muy poca importancia y, en el futuro, lo mejor sería, suprimir el recuso de anulación en el Estado de la sede para controlar el laudo solamente en el Estado de ejecución. Esa concepción del arbitraje internacional ha sido confirmada por otras sentencias, unas de la corte de apelación de París, más especialmente una con fecha del 14 de

enero de 1997, y de la Corte Suprema. En efecto, una sentencia del 29 de junio de 2007 refuerza la justificación de la sentencia de 1994 al afirmar que, en materia de arbitraje internacional, «un laudo internacional, que esta vinculado a ningún orden jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad se examina de conformidad con las reglas aplicables en el país donde el reconocimiento y la ejecución son el objeto de una demanda». No se podría encontrar una definición mejor de lo que es un laudo internacional que aquélla que asume que el laudo internacional debe estar separado de cualquier localización. Con una tal sentencia estamos muy lejos de una concepción territorial del arbitraje.

Algunos académicos o especialistas del Derecho del Arbitraje Internacional en Europa han criticado la posición de las jurisprudencias francesa y belga. En primer lugar, la admisión para el exequátur de la validez de un laudo anulado en su país de origen sería contrario a la armonización que querían realizar los redactores de la Convención de Nueva York al suprimir las divergencias de apreciación de la validez del laudo en el país de la sede y el país del exequátur y, por consiguiente, la concepción francesa es una fuente de contrariedad. Sin embargo, se puede contestar que los redactores de la Convención Internacional han aceptado este riesgo en el artículo VII (1) de la Convención. En segundo lugar, los partidarios de una concepción territorial del arbitraje no pueden concebir la existencia de un laudo internacional separado del Derecho del país de la sede que permite darle su existencia. En realidad, no se trata verdaderamente de una crítica sino de otra concepción del arbitraje internacional y, por eso, una incomprensión total entre los partidarios de las dos concepciones que se oponen y no son conciliables. En tercer lugar, la posición de los tribunales franceses y belgas sería contraria a la voluntad de las partes que habrían querido someter el arbitraje a la ley de la sede. En realidad, se trata de la misma crítica que la segunda en otra forma. Además, elegir una sede del arbitraje no significa aceptar someter el arbitraje al Derecho de la sede. Lo que quieren las partes en un arbitraje internacional es separar el arbitraje de la aprensión del litigio por un Estado y los jueces estatales. Como lo hemos visto, se puede alejar el arbitraje del ordenamiento jurídico de la sede, ordenamiento que, de manera general, no es importante para las partes. La sede está solamente un lugar donde se puede organizar materialmente el arbitraje y permitir la intervención eventual de un juez de apoyo. La sede no debería tener cualquier otra importancia, a diferencia del país de la ejecución del laudo. Este último país tiene una importancia muy grande en la medida en que se trata del país donde el ganador podrá obtener la ejecución forzosa del laudo y, por eso, no se puede separar la ejecución del laudo de la intervención de un juez de este país para otorgar el exequátur y, por eso, verificar la validez del laudo, sobre todo la conformidad al orden público internacional. En cuarto lugar, el Derecho francés permite a una parte ejercer un recurso de anulación en Francia cuando este último país es el de la sede del arbitraje y eso prueba que el Derecho francés no se ha separado de una concepción territorial

del arbitraje. Por eso, es contradictorio decidir que se puede ejecutar en Francia un laudo que ha sido anulado al exterior y, en el mismo tiempo, admitir que se puede demandar la anulación en Francia de un laudo dictado en este país. Es, probablemente, la crítica la más pertinente. Se podría deplorar que, en una reforma reciente de las disposiciones del Código de procedimiento civil en materia de arbitraje (decreto del 13 de enero de 2011), el legislador no haya decidido suprimir el recurso de anulación de los laudos internacionales dictados en Francia. Una tal solución hubiera permitido dar más coherencia al Derecho francés del arbitraje internacional. En realidad, es la jurisprudencia la que ha permitido sobre todo una evolución del arbitraje en favor de una concepción verdaderamente más transnacional que propiamente internacional. Se debe aprobar esa jurisprudencia favorable al arbitraje internacional. Si el legislador francés no ha querido abandonar completamente una concepción territorial, contrariamente a la jurisprudencia, por lo menos, en la reforma de 2011, se admitió la posibilidad que las partes en una cláusula compromisoria o en un compromiso de arbitraje, puedan, en todo momento y por un acuerdo especial, respecto a un arbitraje internacional que tiene su sede en Francia, renunciar al recurso de anulación ante un juez en el mismo país. Es un progreso a favor de una concepción extraterritorial y transnacional del arbitraje. El Derecho suizo, a pesar de haber admitido una concepción territorial del arbitraje, ha consagrado, desde muchos años, la posibilidad de renunciar al recurso de anulación bajo la condición que las partes no tuvieran su domicilio o su residencia en Suiza. El Derecho belga se inspiró de la solución suiza en una ley de 1998 que modificó el artículo 1717 (4) del Código de Procedimiento Civil. Antes de esa reforma, este texto había prohibido el recurso de nulidad del laudo en una tal situación. Sin embargo, se había considerado que esa solución era demasiado estricta y no compatible con la concepción territorial del arbitraje.

Finalmente, la concepción del arbitraje que se admite en su mayoría en Europa es más territorial. Por eso, Europa no se diferencia de casi todos los países en el mundo. Sin embargo, algunos Estados como Bélgica o Francia tienen una concepción más adelantada respecto a la cuestión que hemos estudiado en este artículo. Francia, sobre todo es la más progresista en razón de la justificación de la solución a favor del reconocimiento y de una ejecución de los laudos anulados en el país de la sede. En Bélgica la solución es igual, pero la justificación se basa sobre el artículo VII (1) de la Convención de Nueva York. Es cierto que, desde muchos puntos de vista, las mentalidades no son a punto a favor de una deslocalización del arbitraje internacional. Es una transformación que podría tomar mucho tiempo.

El arbitraje societario es España. Aproximación al derecho comparado[1]

Juan Pablo Correa Delcasso

Sumario: I. Introducción.— II. La evolución histórica del arbitraje societario en España.— III. El convenio arbitral. Ámbito subjetivo.— IV. Alcance objetivo del convenio arbitral.— V. Conclusión.

I. Introducción

El arbitraje societario es, sin la menor duda, una de las materias de máxima actualidad que ha sido y es objeto de múltiples comentarios y resoluciones jurisprudenciales diversas, tanto en España como en el resto de ordenamientos jurídicos europeos y, muy particularmente también (por lo que a estos últimos acontece) de nuestro entorno geográfico más inmediato, como son Francia, Bélgica e Italia.[2] La razón es doble: por un lado, la extraordinaria amplitud de esta materia, que su propia denominación indica (cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante, pero que debemos apuntar desde ahora, al resultar imprecisa la narración que algunos autores efectúan de los avatares históricos que ha sufrido esta institución en España); y, por otro lado, la imperiosa necesidad que el mundo empresarial y nuestra sociedad en general tienen, en la actualidad, de ver resueltos sus conflictos a la mayor brevedad posible.

Y es que, efectivamente y en primer lugar (al hilo de lo que acabamos de exponer), hablar de «arbitraje societario» no significa referirse, única y exclusivamente, a la impugnación de acuerdos sociales, sino a los múltiples conflictos «pertenecientes o relativo a las asociaciones» (según feliz expresión que la Real Academia de la Lengua española nos ofrece del término «societario»), cuestión ésta que, como veremos en

---

1 Esta versión se basa en el trabajo premiado con el Primer Accésit en la VII Edición del Premio TAB para el Fomento de la Cultura Arbitral (Tribunal Arbitral de Barcelona).

2 Una buena síntesis de la evolución doctrinal y jurisprudencial que, sobre la materia que ahora nos ocupa, se ha dado tanto en Francia como en Bélgica, puede verse en el trabajo de Hanatiau, *L´arbitrabilité des litiges en matière de Droit des sociétés,* «Mélanges offerts à Claude Reymond». Paris, Éditions Litec.

el presente estudio, no permite sostener —en contra de la opinión de algunos autores— que la materia societaria, en su conjunto, haya quedado excluida en su totalidad del arbitraje a lo largo de nuestra historia más reciente.[3] Y, en segundo lugar, en un mundo globalizado donde la rapidez e inmediatez suele anteponerse, casi siempre, a otros tantos valores, como gráficamente apunta Hernández Zubizarreta «el juicio sigue siendo lento, lentísimo para una empresa que compite en un entorno turbulento, en el que no hay lugar para plazos y aplazamientos, vencimientos y resoluciones que no terminan de dictarse, recursos, medidas cautelares o apelaciones interminables».[4]

Pues bien: sin mayor pretensión que la de intentar ofrecer una visión sistemática y resumida de esta institución en España, comparándola puntualmente con la de algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural más próximo, en el presente trabajo expondremos brevemente cuáles han sido los principales avatares que ha sufrido el arbitraje societario en nuestro país para, acto seguido, analizar sintéticamente no sólo el contenido que ha de revestir la cláusula arbitral, sino cuáles son los litigios intrínsecamente societarios que pueden dirimirse a través de esta fórmula alternativa de resolución de conflictos.

II. La evolución histórica del arbitraje societario en España

Como acabamos de exponer anteriormente a la hora de analizar la evolución histórica que ha experimentado el arbitraje societario en España, conviene discernir ante todo qué entendemos, concretamente, por «arbitraje societario». Y es que, efectivamente, si como evoca el propio término entendemos por este concepto cualquier litigio arbitrable que pueda surgir en el seno de una sociedad,[5] deberemos de convenir for-

---

[3] Como acertadamente afirma Vicent Chulià citando a Muñoz Planas, «Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final». En «Anuario de Justicia Alternativa», n.º 1/2001, (VLEX-245759), «el arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y responsabilidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación».

[4] HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Anton. *El arbitraje y la empresa: algunas reflexiones personales.* En «Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto», n.º 2, 2002, p. 204.

[5] Como acertadamente afirma Carazo Liébana, *El arbitraje societario.* Madrid, 2005, p. 46, «presupuesto del arbitraje societario – como el de cualquier otro – es la existencia de un litigio. Es decir, de una controversia que enfrente a las partes y que deba ser resuelta. Por otro lado, dada su especialidad, es claro que únicamente nos interesan los litigios intrasocietarios. Esto es, los relacionados con el contrato de sociedad, y nunca, por tanto, los extrasocietarios, respecto de los que, obviamente, cabría convenio arbitral, pero que escapan de nuestro estudio». Y, todo ello, atendida la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, como «equivalente jurisdiccional» (en

zosamente que esta institución excede, con mucho, del ámbito de la impugnación de acuerdos sociales para adentrarse en otros tantos campos como pueden ser, entre otros, el de la separación y exclusión de los socios; el de la liquidación y disolución de sociedades mercantiles o el de la responsabilidad de administradores.

Pues bien: desde esta perspectiva, esto es, partiendo de una amplia acepción del término (y que es, en suma, la que más se ajusta a su sentido gramatical), podremos constatar cómo el arbitraje societario, en mayor o menor medida, siempre ha sido admitido en España, como lo ilustran las múltiples resoluciones dictadas por nuestros tribunales (muy particularmente, en los últimos decenios), que admiten la cláusula de sumisión a arbitraje en materias tan dispares como la exclusión de un socio o la responsabilidad de administradores. Cuestión distinta es que una de las materias más importantes, tanto cualitativa como cuantitativamente, en la materia que ahora nos ocupa (que es la de la impugnación de acuerdos sociales, principalmente), haya sido objeto de tesis antiarbitralistas durante un cierto periodo histórico, afortunadamente superadas en la actualidad y absolutamente insostenibles, por lo demás, desde un punto de vista doctrinal, como acertadamente viene destacando en los últimos tiempos, con práctica unanimidad, la doctrina arbitral, mercantil y jurisprudencial más autorizada.

Así, y siguiendo —entre otros— a Carazo Liébana, Campo Villegas[6] o Cremades,[7] podemos afirmar que el debate en torno a la arbitrabilidad de la concreta materia a la que nos estamos refiriendo ahora (que es la antes expuesta de impugnación de acuerdos sociales) ha experimentado, desde sus inicios, la siguiente evolución histórica:

Inicialmente, la impugnación de acuerdos sociales por medio del arbitraje (junto a otras materias de Derecho Societario, como antes expuesto), había sido admitida sin reparos por parte de nuestro Tribunal Supremo, en sentencias tan conocidas como las de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907. Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el contexto legislativo era, incluso antes de aquella época, marcadamente

---

palabras de nuestro Tribunal Constitucional en su conocida STC de 23 de noviembre de 1995) o modo alternativo de resolución de conflictos (sobre este particular véase, por todos, Serra Domínguez, M. «Naturaleza jurídica del arbitraje». En «Estudios de Derecho Procesal». Barcelona, 1969, pp. 571 y ss.). Y es que, como sintéticamente afirma la STS de 8 de noviembre de 1985 (RJ 1985\551), «el árbitro, cuando resuelve, decide la controversia no limitándose a integrar o completar la relación como el llamado arbitrador».

6 Campo Villegas, Elías. «Temas del arbitraje societario vistos por un Notario». *La Notaría*, n.os 47-48 (2007).

7 Cremades, Bernardo. «El arbitraje societario». *La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-281, tomo 9.

pro-arbitraje, como acontecía con la Constitución de Cádiz de 1812 o con el Código de Comercio de 1829 que estableció la obligatoriedad del arbitraje societario.[8]

Promulgada, sin embargo, la Ley de Arbitraje de 1953, se abriría un negativo «paréntesis anti-arbitral» (secundado por un importante sector doctrinal y jurisprudencial y, particularmente, por la Audiencia Provincial de Barcelona,[9] que lo

[8] Como expone, entre otros, Carazo Liébana, *El arbitraje societario. Op. cit.*, pp. 30-31, «La Constitución de 1812 eleva a fundamental el Derecho de las partes de un litigio a someter a arbitraje sus respectivas controversias. En el art. 280 señalaba que «no se podrá privar a ningún español del Derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». El art. 281 continuaba en estos términos: «la sentencia que dieran los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el Derecho de apelar». Por su parte, el Código de Comercio de 1829 asentó, de forma definitiva, la obligatoriedad del arbitraje societario. Comenzaba considerando como mención obligatoria en toda escritura constitutiva de sociedad «la sumisión a juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, expresándose el modo de nombrarlos» (art. 286), para señalar en su art. 323 que «toda diferencia entre socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad» y en el 324 que «las partes interesadas los nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura y, en su defecto, en el que le señale el Tribunal que conozca de las causas mercantiles en aquel territorio. No haciendo el nombramiento en el término señalado y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por la autoridad judicial en las personas que a su juicio sean peritas e imparciales para entender en el negocio que se dispute». Asimismo, también se configura como forzoso el arbitraje establecido para decidir las reclamaciones de los socios contra la división del haber social practicada por los liquidadores de compañías mercantiles de acuerdo con los arts. 344 y 345. Efectivamente, después de disponer en el primero de los preceptos antes señalados que, hecha la división del haber social en caso de liquidación, ésta se comunicaría a los socios, «quienes en el término de quince días conformarán con ella, o expondrán los agravios en que se estimen perjudicados», preceptuaba que «estas reclamaciones se decidirán por Jueces árbitros que nombrarán las partes en los ocho días siguientes a su presentación y, en defecto de haber este nombramiento, lo hará de oficio el tribunal competente» (art. 345)». Todo ello sin olvidar, a mayor abundamiento que, como enseña Muñoz Planas. «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles» Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. *AAVV*. Madrid, 1978, pp. 390-391, el arbitraje forzoso para las «compañías de comercio» ya apareció en las Ordenanzas bilbaínas de 1737.

[9] Como lo demuestra, entre otras, su sentencia de 16 de mayo de 2003 (JUR 2004\14298) cuando, en contra de la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, afirma en su Fundamento de Derecho Segundo que «Es cierto que esta misma Sala (y por última vez en la sentencia que menciona el auto apelado, esto es, en la dictada con fecha 26 de enero de 2000 —Rollo 1.540/97—) se ha pronunciado a favor de la posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la junta de accionistas de una sociedad o la impugnación de los acuerdos sociales y, ello, siguiendo la doctrina emanada de la STS de 18 de abril de 1998 que así viene a establecerlo, bien que matizando que «si algún extremo (estuviese) fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo». No obstante, el supuesto que motivaba la controversia resuelta en aquélla ocasión giraba alrededor de «un acuerdo de reducción y ampliación subsiguiente de

prolongaría más allá, incluso, de la importante resolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 1998 y de la no menos decisiva resolución de la DGRN de fecha 19 de febrero de ese mismo año), corroborado por doctrinas a menudo poco o indebidamente fundamentadas (aunque similares a las de otros ordenamientos jurídicos europeos),[10] que sustentarían básicamente su improcedente rechazo a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales (y, por extensión, a la de la buena parte de la materia societaria, como antes expuesto) en los siguientes extremos:

a) La existencia de una presunta competencia jurisdiccional exclusiva (ora por existir un procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales; ora por existir una supuesta atribución jurisdiccional *ex lege* consagrada en el art. 22.1

---

capital, del que no se afirmaba su oposición a normas legales o, estatutarias, sino el ser lesivo para los intereses de la sociedad y beneficioso para el otro socio». Por contra, en el que ahora fija nuestra atención, es la válida constitución de la propia junta lo que se discute, toda vez que la misma se hizo con infracción del mandato judicial contenido en la resolución que ordenaba convocar aquélla (al ser presidida por persona distinta de la prevista por el Sr. Juez) y sin respetar el *quorum* establecido estatutariamente» o su sentencia de 16 de febrero de 1999 (RGD, 1999, pp. 11433 y ss.), cuando rechaza el arbitraje en una impugnación de acuerdos que afecta a los perfiles estructurales de una sociedad. Por lo demás, como acertadamente afirma Vicent Chulià, «Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final». *Op. cit*., «la vieja tesis siguió siendo defendida por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secciones 12.ª y 15.ª. La posición de la Sección 15.ª, que goza de merecido prestigio doctrinal, se plasma en las sentencias de noviembre de 1994 (RGD 1995, p. 5675), 13 de marzo de 1998 (caso Filadors de Torredembarra S.L.) y de 17 de febrero de 1999 (n.º 965/996, caso Saezprimero S.A.) con una cerrada argumentación en contra del arbitraje sobre impugnación de acuerdos sociales, que a veces causa asombro».

[10] Como al parecer acontece muy particularmente en Italia donde, según Pieralli, «El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España». En «Anuario de Justicia Alternativa», n.º 6/2005, p. 10, «los principales argumentos defendidos por la jurisprudencia italiana al negar la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales (existencia de normas imperativas así como intereses generales), coinciden con aquéllos utilizados en España por quienes sostenían y sostienen la indisponibilidad de este tema». Por su parte, Carazo Liébana, *El arbitraje societario. Op. cit*., pp. 62-63, también expone (refiriéndose, en este caso, a la mayoría exigible para otorgar una cláusula arbitral, como «en Italia, sin embargo, esta cuestión ha sido un tema clásico en el análisis del arbitraje societario. Entre otros motivos, por los cambios jurisprudenciales de la Corte de Casación. Al contrario de nuestro TS, ésta se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la mayoría necesaria para introducir la cláusula compromisoria en los Estatutos de la sociedad (…). Es destacable igualmente la evolución jurisprudencial operada en Francia, por apreciarse también en la solución del problema dos etapas. En una primera fase restrictiva, la facultad de estipular un convenio arbitral por parte de los órganos sociales necesitaba de una autorización expresa. Más tarde tiene lugar una etapa liberal. A partir de los años 1955-1960 el poder general de éstos para actuar en nombre de la sociedad era suficiente para estipular un convenio arbitral en representación de ésta. Nuestro país se hizo eco de estos planteamientos».

LOPJ), manera de razonar que, como acertadamente afirma Campo Villegas «ha constituido un craso error durante décadas, al confundir los derechos sustantivos en discusión con las vías adjetivas en que los mismos han de ventilarse, de tal manera que la disponibilidad o indisponibilidad de la materia se relaciona con la norma imperativa procedimental en lugar de referirla al Derecho material».[11] Por lo demás, y como autorizadamente pondría de relieve Muñoz Sabaté, semejante tesis no dejaba de ser absurda, puesto que si tales materias eran inarbitrables por existir un proceso especial que no podía supuestamente sustituirse por el arbitral (al ser las citadas normas de orden público), también de esta naturaleza tenían que ser las normas que rigen los procesos especiales, de donde se seguiría entonces que todo arbitraje sería *per se* contrario al orden público y devendría, por ello, inconstitucional.[12]

b) El carácter cerrado o abierto de la mercantil que contiene, en sus Estatutos, una cláusula de sometimiento a arbitraje (defendiendo, al igual que en otros ordenamientos jurídicos europeos,[13] que el arbitraje societario no procedería en sociedades anónimas abiertas o de gran capital bursátil, donde el socio suele ser un mero inversor).[14]

c) El deber de salvaguardar intereses de terceros (argumento que, como subraya la doctrina más autorizada,[15] puede salvarse fácilmente permitiendo la interven-

---

11 CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del Arbitraje societario vistos por un Notario. Op. cit*., p. 22.

12 MUÑOZ SABATÉ, Luis. «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas». *Cuadernos de Derecho Judicial: arbitraje, mediación y conciliación*. Madrid, 1995, p. 200.

13 Como acontece, por ejemplo, en Alemania, según afirma Carazo Liébana en su obra antes citada sobre *El Arbitraje societario,* pp. 134 a 137.

14 Una fiel reflejo de esta corriente puede verse en MUÑOZ PLANAS, *Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles,* op. cit., p. 459.

15 Como bien advierte Campo Villegas, *Temas del Arbitraje societario vistos por un Notario. Op. cit*., p. 26, «como en sede de impugnación de acuerdos sociales los laudos afectarán a todos los socios aunque no hubieren litigado (art. 222.3 LEC) es visto que éstos deben ser notificados, no demandados, en el procedimiento para que puedan intervenir conforme al art. 117 LSA. La protección de intereses de terceros encuentra además su defensa en resortes procesales como la acumulación de acciones, el litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo, así como la intervención en cualquiera de sus formas, figuras todas éstas que han encontrado regulación positiva en la nueva LEC (arts. 12 y ss.), pero que presentan problemas en ocasiones espinosas cuando no todos los sujetos se han sometido al arbitraje». CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit*., pp. 153-155, también advierte, por su parte, cómo esta importantísima cuestión constituye, sin duda alguna, el principal escollo con el que puede topar el arbitraje societario, el cual ha sido precisamente por ello profusamente tratado por la doctrina y jurisprudencia italianas, y aunque a menudo (de forma similar a la opinión antes transcrita de Campo Villegas) entienda también que «el fallo de estas tesis radica en que pone el acento en la afección a terceros no vinculados por la cláusula, cuando lo realmente importante es determinar si el

ción de estos últimos en el proceso, posibilidad ésta que el legislador español ha desaprovechado la oportunidad de regular en la última reforma de la Ley de Arbitraje).[16]

d) El carácter supuestamente dispositivo o no de la materia, criterio que, como acertadamente se ha dicho, «no debe confundirse con la imperatividad de las normas que la regulan», sin olvidar tampoco que «aunque el orden público constituye un límite al arbitraje, no opera restringiendo el ámbito de lo arbitrable, sino sometiendo el laudo a la posterior revisión judicial»,[17] y que llevó a un sector de la doctrina a rechazar la impugnación, por vía arbitral, de los acuerdos nulos frente a la de los acuerdos anulables.[18]

e) O la imperatividad de algunas normas contenidas en las leyes societarias cuando, como bien advierte Carazo Liébana, «la disponibilidad de una materia no debe confundirse con la imperatividad de las normas que la regulan y, de otro, aunque el orden público constituye un límite al arbitraje, no opera restringiendo el ámbito de lo arbitrable, sino sometiendo el laudo a la posterior revisión judicial».[19] Paralelamente, también se argumentaría, sin fundamento alguno, que el arbitraje de equidad sería supuestamente incompatible con la aplicación

---

ordenamiento arbitra las medidas oportunas para que los terceros cuenten con mecanismos de defensa».

16 A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos como el italiano donde, a efectos de salvaguardar precisamente intereses de terceros, se regula el mecanismo de la intervención procesal en sede de arbitraje societario, tal y como expone Pieralli, *El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España. Op. cit.*, p. 8.

17 Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 151, siguiendo las tesis de Picó Junoy y Vazquez Albert. Por su parte, también Campo Villegas, *Temas del Arbitraje societario vistos por un Notario. Op. cit.*, p. 21, afirma acertadamente como para intentar deslindar lo disponible de lo que no lo es, «se han formulado, en ocasiones, criterios generales que encierran su razonamiento en círculos viciosos pues el requisito de la libre disposición se encuentra fuera del alcance de los sujetos». Por lo demás, éste ha sido también uno de los principales caballos de batalla de la doctrina y jurisprudencia italianas, aunque en Italia la cuestión parece simplificarse cuando interviene preceptivamente el Ministerio Fiscal, «señal inequívoca de indisponibilidad del objeto del litigio» (Pieralli, Alessandro. «El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España». *Op. cit.*, pp. 5-6).

18 Sobre este particular véase, por todos, Gimeno Sendra, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas.* Madrid, 1985.

19 Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 151. Sobre este particular véase de forma idéntica también Picó I Junoy, J. y D. Vazquez Albert. «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas». *Justicia*, n.os 3-4 de 1998, pp. 558-559, así como la STS de 21 de marzo de 1985 (RJ 1985\1193), cuando rechaza el argumento de que no pueden ser objeto de arbitraje materias reguladas por normas de Derecho necesario o de *ius cogens.*

de normas imperativas por parte del árbitro, argumento que subsistiría en la actualidad hasta la reciente reforma de la Ley de Arbitraje (¡que en su primer borrador fundamentaría inexactamente la supresión de esta tipología de arbitraje por la simultánea regulación del instituto de la mediación!),[20] y en contra, dicho sea de paso, de lo establecido en buena parte de cláusulas que optan por este tipo de arbitraje, como lo demuestra un atento estudio de las sentencias que obran, sobre esta materia, en nuestras bases de datos.[21] Y es que, nuevamente, se confundía por quienes sustentaban estas tesis el procedimiento a seguir con las normas a aplicar en el mismo,[22] olvidando que un laudo arbitral, como cualquier otra resolución judicial, no puede ignorar la aplicación de normas imperativas (so pena de incurrir, de lo contrario, en una manifiesta causa de nulidad), o la consabida doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que insistentemente ha recordado que resolver en equidad no significa desconocer o contravenir las normas

---

20 Efectivamente, haciendo gala de una incorrección conceptual sin límites, afirmaría el legislador español en su Proyecto de Ley de Reforma de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (y, concretamente, en el Informe de la Ponencia publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 24 de febrero de 2011), que «de igual manera se suprime el arbitraje de equidad en los arbitrajes internos» dado que «la regulación de la mediación propicia que este tipo de arbitraje se traslade a dicha institución (¡sic!), donde el acuerdo descansa en las partes y encuentra su lugar en la figura del amigable componedor».

21 En efecto, si se examinan las resoluciones dictadas en la materia que ahora nos ocupa tanto por el Tribunal Supremo como por parte de nuestras Audiencias Provinciales, podrá comprobarse como, en una gran mayoría de supuestos, la cláusula compromisoria estipulaba un arbitraje de equidad. Es más: la propia sentencia del Alto Tribunal de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984) que pone fin al «paréntesis anti-arbitral» en materia de impugnación de acuerdos sociales (y, por extensión, como hemos repetido muchas veces, a las restantes materias de Derecho Societario para las cuales no se admitía el arbitraje), se pronuncia sobre una demanda de nulidad de convocatoria de Junta de Accionistas e impugnación de acuerdos sociales que tenía que dirimirse en arbitraje de equidad. En contra de esta opinión véase, entre otros, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2003, n.º 21, p. 212.

22 De similar opinión es CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del Arbitraje societario vistos por un Notario. Op. cit.*, p. 30, quien entiende puede arbitrarse la materia societaria en equidad «pero teniendo siempre presente que el mandato inviolable de la ley imperativa se dirige sin excepción a toda clase de árbitros, lo mismo que al Juez o a los contratantes. Cuando no lo hagan, tanto el laudo como la sentencia serán radicalmente nulos, puesto que la disposición del artículo 6.3 del Código Civil se impone lo mismo al árbitro que al Juez. Concretamente cuando el laudo arbitral sea de equidad, éste, si bien no queda vinculado por las normas de Derecho dispositivo, sí que lo está cuando lo sean de *ius cogens* (…). Se afirma que las materias regidas por normas imperativas no son de libre disposición y, consecuentemente, no arbitrables en equidad (Juan Montero Aroca); pero el razonamiento es doblemente erróneo, puesto que si la materia fuera indisponible habría de serlo tanto para un arbitraje como para otro; aparte que, como hemos demostrado en páginas anteriores, la imperatividad de las normas en modo alguno implica la no disponibilidad de la materia, sino únicamente el que la norma no puede ser infringida».

de Derecho Positivo, sino únicamente dejar de aplicar *exclusivamente* (que no eludir, por tanto), normas de derecho de forma rigurosa, «como corresponde al concepto tradicional de equidad, superador y complementario del concepto de Ley, que intenta aproximarse lo más posible al logro de una decisión justa para el caso concreto, la cual la Ley, por su generalidad, no podría alcanzar».[23]

El fin de la «travesía por el desierto» vendría, como es sabido, con la promulgación de la Ley de Arbitraje n.° 36/1988 y con la emisión, tanto por parte del Tribunal Supremo como de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) de sus dos importantes resoluciones de fecha 18 de abril de 1998 y 19 de febrero de 1998, respectivamente, donde reconocerían sin ambages (*rectius,* como a mediados del siglo pasado) la posibilidad de acudir al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales y, por extensión, en el ámbito societario.

Muy especialmente, la particularidad de la primera de ambas resoluciones (jurisprudencial, en este caso), residiría en el hecho doblemente meritorio (por tratarse, precisamente, de la primera resolución que cambia la doctrina anterior) de admitir un arbitraje de equidad en el marco de una demanda de nulidad de convocatoria de Junta de accionistas e impugnación de acuerdos sociales, afirmando literalmente que «la posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 octubre 1956 (RJ 1956\3194) cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968 (RJ 1968\550), 21 mayo 1970 (RJ 1970\3584) y 15 octubre 1971 (RJ 1971\3956); actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so

[23] Por todas, véase la STS de 30 de mayo de 1987 (RJ 1987\3853). Interesante resulta, asimismo, sobre este particular, la SAP de A Coruña de 20 de abril de 1998 (AC 1998\4652) y, desde la perspectiva doctrinal, el estudio de Prieto de Paula Conca, Javier. *La equidad y los juicios de equidad.* Madrid, 2011. No obstante, ha de reconocerse también que esta discusión doctrinal no ha sido exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, sino que ha sido objeto de debates parecidos en otros países de nuestro entorno que, en el caso de Italia, han acabado siendo legisladas, exigiéndose en la actualidad que cuando el arbitraje societario verse sobre materias que no pueden ser transadas, deba ser forzosamente de Derecho (en este sentido, véase el estudio *Profili di attualità dell´arbitrato societario*, elaborado por la «*Commissione arbitratato dell´Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili de Milano*» del mes de septiembre de 2009, *Diritto e Pratica delle Società*, 2009, n.° 9, pp. 87 y ss.).

pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «*ius cogens*», pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».[24]

Por su parte, también la DGRN entendería que «ha de aceptarse que los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución [artículo 12.1, c) de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada]. Ese negocio constitutivo puede contener un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias derivadas de los pactos de carácter estrictamente contractual, al que tan sólo quedarán sujetos los propios contratantes y frente al que el futuro socio sería ajeno. Pero, puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y, tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador (artículo 163.1, b) de la Ley de Cooperativas de 2 abril 1987. Con carácter subsidiario

[24] STS de 18 de abril de 1998, RJ 1998\2984. Sobre la importancia decisiva que tuvo esta sentencia por aquella época véase, entre otros, MUÑOZ SABATÉ, Lluís. «La impugnación de acuerdos de la Junta General de una Sociedad Anónima puede dirimirse por Arbitraje». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998-4, pp. 161-163.

se rechaza la inscripción de la misma regla por indeterminación de su objeto, lo que pudiera implicar la sumisión a arbitraje de materias que no son de libre disposición. Una concreción como la pretendida por el Registrador se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas. Por otra parte, no parece que todas las cuestiones que el Registrador considera de necesaria exclusión tengan necesariamente que serlo: los Administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran, la acción para exigirles responsabilidad es en gran medida renunciable (artículo 69 LSRL, en relación con el 134 de la LSA) y la irrenunciabilidad a la responsabilidad derivada del dolo (artículo 1102 del Código Civil) no es lo mismo que la renuncia a un procedimiento para su exigencia; finalmente, la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (*cfr*. SSTS de 15 octubre 1956 [RJ 1956\3194], 27 enero 1968 [RJ 1968\550], 15 octubre 1971 [RJ 1971\3956] y 21 mayo 1970 [RJ 1970\3584]), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos».[25]

En resumen: ambas resoluciones, efectuando un breve recorrido por las tesis anti-arbitralistas del momento (y que hemos tenido ocasión de exponer muy brevemente con anterioridad), borran de un plumazo estas últimas y vuelven a la vieja doctrina que, con carácter pionero en Europa,[26] admitía (o, incluso, imponía) la cláusula arbitral en el ámbito societario.

Con posterioridad, como es sabido también, se sucederán los proyectos legislativos y normas que preverán la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos societarios y, entre ellos:

- El anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 22 de octubre de 1992;
- El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994;

---

[25] Resolución de 19 de Febrero de 1998, RJ 1998\1118.

[26] En efecto, nótese como ni Francia, ni Italia ni mucho menos la República Federal de Alemania admitían el arbitraje societario con la amplitud con la que se admitía desde antaño en España (donde se establecía incluso con carácter obligatorio en el Código de Comercio del año 1829 o en las Ordenanzas Bilbaínas), como hemos expuesto anteriormente, siguiendo los trabajos de Muñoz Planas, Carazo Liébana Y Pieralli.

- La Ley n.° 7/1997 de 18 de julio de 1997, de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya;

- La Ley n.° 27/1999 de 16 de julio de 1999, de Cooperativas del Estado (en su Disposición Adicional décima);

- Otras leyes autonómicas en materia cooperativa, como la Ley n.° 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana;

- O la Orden del Ministerio de Justicia n.° 1445/2003 que aprueba los estatutos modelo de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (introducida por la Ley n.° 7/2003 de 1 de abril de 2003).

- Por último, la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, consolidará esta institución en el ámbito que ahora nos ocupa, y que la reciente reforma operada por la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011 no ha hecho más que corroborar, por mucho que su Exposición de Motivos afirme inexactamente, en nuestra opinión, que «la Ley también aclara (sic), mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley n.° 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Y es que, en efecto, si bien es cierto que lo único que restaba quizá por clarificar era la mayoría legal exigible para el otorgamiento de una cláusula compromisoria (atendida la escasa doctrina jurisprudencial existente sobre este particular), no lo es menos (a la vista está todo lo expuesto anteriormente) que ninguna duda existía, en la actualidad, en torno a la admisibilidad del arbitraje estatutario, ni problemática alguna en relación con la administración y designación de árbitros por parte de una institución arbitral. En cambio, se ha desaprovechado esta reforma, a todas luces descafeinada, para regular aspectos de mayor calado o trascendencia, como la eventual acumulación, en la materia objeto del presente estudio, de procedimientos judiciales y arbitrales o la intervención de terceros en el proceso.[27]

---

[27] Así lo viene afirmando también autorizadamente VICENT CHULIÀ, Francisco. *Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final. Op. cit.*, para quien se tenía que «resolver legalmente de manera expresa y afirmativa que en el proceso arbitral deben ser admitidos intervinientes adhesivos simples o litisconsorciales, a pesar de no ser parte en el convenio de arbitraje».

III. El convenio arbitral. Ámbito subjetivo

Una cuestión no menos importante en la materia que ahora nos ocupa es, obviamente, la del convenio arbitral y, en concreto, la del contenido y forma que ha de revestir este último. Aunque no pretendemos ciertamente, a través de estas breves páginas, agotar la rica problemática que puede darse en la práctica sobre este particular, sí podemos afirmar que una buena manera de evitarla (una vez superadas, además, viejas posturas anti-arbitrales)[28] consiste en adaptar pura y simplemente al caso concreto (se trate de unos Estatutos o de un pacto parasocial, fundamentalmente) la cláusula tipo que publicite cualquier institución arbitral de reconocido prestigio. Con ello, se evitarán sin duda alguna numerosos problemas interpretativos en un ámbito donde, mejor que en cualquier otro, lo breve, si bueno, suele ser dos veces bueno, como afirma el dicho popular.

Dicho esto, otros extremos a tener en cuenta son los siguientes aspectos:

En primer lugar, la cláusula arbitral, de conformidad con lo establecido en el art. 2.1 de nuestra Ley de Arbitraje, deberá versar sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Y en este sentido —lo veremos seguidamente, en el próximo apartado—, puede afirmarse, como expusiéramos con anterioridad, que la jurisprudencia y legislación españolas han sido tradicionalmente bastante abiertas, excepción hecha del lapso de tiempo o período «anti-arbitral» por lo que a la impugnación de acuerdos sociales se refiere, fundamentalmente. Y es que, en efecto, como acertadamente señala Carazo Liébana,[29] el límite fundamental de la cuestión que ahora nos ocupa ha de buscarse no tanto en la mayor o menor amplitud del texto de la cláusula compromisoria (que, como acertadamente pondría de relieve la Dirección General de Registros y del Notariado en su fundamental resolución de 19 de febrero de 1998, conduciría al absurdo de tener que enumerar una por una todas las concretas materias susceptibles de arbitraje), sino en la protección de intereses de terceros ajenos a esta

---

[28] Y es que, como acertadamente afirmó la DGRN en su resolución de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998\1118) frente a la (absurda) afirmación del Registrador de que la cláusula arbitral, en los términos tan amplios en los que venía redactada, suponía una renuncia anticipada a la jurisdicción, «una concreción pretendida por el Registrador se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje, supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas». Por su parte, Martínez Martínez, María Teresa. «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y Arbitraje». *Rds*, n.º 11, 1998, p. 340, también destaca acertadamente como «uno de los mayores retos que sigue planteando el Derecho de las sociedades de capital, y de la anónima en particular, es el acotamiento del espacio que hay que conferir a lo indisponible o, si se quiere, al orden público sustraído a la autonomía de la voluntad».

[29] *El arbitraje societario*, *Op. cit*.

última, aspecto éste mucho más espinoso y difícil de delimitar («resbaladizo y vidrioso», se ha dicho metafóricamente incluso de manera acertada),[30] como lo demuestra la experiencia de Derecho comparado y, muy particularmente, la italiana.[31]

Segundamente, el convenio arbitral podrá venir inserto en los Estatutos de la sociedad o, por el contrario, en un pacto parasocial, que tendrá el inconveniente, enton-

---

[30] FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis citado por OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando. «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización». *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, n.º 56, p. 87.

[31] Como puede leerse en el estudio de PIERALLI, Alessandro. *El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España*. *Op. cit*.. De hecho, llaman poderosamente la atención los distintos puntos de vista existentes sobre este particular como, por ejemplo, en materia de impugnación de un acuerdo aprobatorio de cuentas anuales, que no se admite en Italia por considerarse que puede vulnerar intereses de terceros (por las normas imperativas que rigen la elaboración del balance del ejercicio y el interés general que se desprende de su recta aplicación) y, en cambio, se acepta en la actualidad sin reparo alguno en España. Por todas, puede citarse la interesante resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de marzo de 2005 (JUR 2005\125545) cuando, resumiendo el estado general de la jurisprudencia en España, afirma con carácter general: «La impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas de la sociedad, correspondientes al ejercicio económico 2002 se funda, por una parte, en la violación del derecho de información de los socios, ya que no fue suministrada la información requerida formalmente por los actores conforme al art. 112 TRLSA; y, por otra, en que dichas cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad (art. 172 TRLSA), e infringen las normas de la propia Ley de Sociedades Anónimas, Código de Comercio y el Plan General Contable. Aunque las normas que se denuncian infringidas son imperativas, no por ello puede calificarse el objeto de la controversia de orden público. A fin de cuentas, la discusión girará en torno al cumplimiento del deber de información respecto de los propios actores, y la correcta formulación de las cuentas anuales en un caso concreto, que sin perjuicio de la relevancia que pueda tener para los terceros que se relacionan con la sociedad en tráfico, no por ello la cuestión trasciende al nivel del orden público. Por lo que respecta a la impugnación del acuerdo de aprobación de la gestión social de los administradores, se justifica no sólo en la improcedencia de las cuentas formuladas, sino también en que la gestión lesiona el interés de la sociedad, lo que en última instancia permite calificar la acción de anulabilidad, siendo sin lugar a dudas disponible. Por último, se impugnaba también el acuerdo por el que se facultaba a los administradores para nombrar un auditor, infringiendo el art. 204 TRLSA, según el cual el nombramiento corresponde directamente a la Junta. De esta controversia cabe predicar lo mismo que en relación con la aprobación de las cuentas, que pudiendo afectar a normas imperativas, la gravedad no alcanza a considerarse de orden público, que impida la disponibilidad de someter esta controversia a un arbitraje de derecho. Por consiguiente, se aprecia correctamente estimada la declinatoria de competencia de jurisdicción por parte del Juez de primera instancia, conforme al art. 11.1 LAP, y en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida». Por su parte, también CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit*., pp. 87-88, subraya cómo frente al criterio de *Kompetenz Kompetenz* que se ha mantenido en España, «en Italia, se ha mantenido la postura contraria. Esto es, la competencia de los tribunales para decidir la validez y ámbito de la cláusula compromisoria».

ces, de que tan sólo podrá oponerse a los socios que lo suscribieron[32] y a sus herederos, excepción hecha de que se trate de una sociedad personalista, dónde sí será oponible también frente a la sociedad, atendido su distinto régimen legal.[33] Por el contrario, de incluirse en los Estatutos sociales (con la mayoría de 2/3 que actualmente establece la última reforma de la Ley de Arbitraje),[34] nada empece a que pueda extenderse también

---

[32] Como afirma acertadamente Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op .cit*., p. 106, «los socios fundadores, al elaborar los Estatutos de la sociedad, no se encuentran en posición de primacía respecto a los socios futuros. Simplemente les corresponde la elaboración de los mismos porque son ellos los que ponen en funcionamiento la sociedad realizando todos los actos oportunos, entre los que se encuentra, como no podía ser de otro modo, la elaboración de los Estatutos. Su voluntad última no es la de imponer su contenido, sino la de dictar normas de funcionamiento de la sociedad o normas de autogobierno. Así, los socios futuros, tras incorporarse a ésta, si no están conformes con los Estatutos, pueden abrir un proceso de modificación estatutaria de acuerdo con los trámites legalmente previstos». Por lo demás, como indica Chiarloni, Sergio. «*Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 1, 2004, p. 126, otro tanto parece acontecer en Italia, donde «*mentre la clausola statutaria, come regola del gruppo vincola anche coloro che non hanno concurso a formarla (il che giustifica la limitazione di questa efficacia alle società piccole), nel caso del compromesso o di clausola non inserita nell´atto costitutivo una simile evenienza non potrà mai verificarsi*». Como excepción a lo antes expuesto, puede verse un interesantísimo caso comentado en el *ASA Bulletin* (vol. 24, 2006, n.º 1 pp. 128 y ss.), donde la *Cour de Justice* del Cantón de Ginebra rechaza que una cláusula arbitral inserta en unos Estatutos pueda ser oponible a uno de sus socios aunque, ciertamente, la extraordinaria particularidad del caso inclinaría, muy probablemente, a los magistrados a tomar tan particular decisión.

[33] Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit*., pp. 93-94.

[34] Aunque la mayoría para la inclusión de una cláusula arbitral en los Estatutos no ha sido una cuestión especialmente polémica en España (¡salvo en tiempos recientes, cuando a raíz de la modificación de la Ley de Arbitraje se pretendió por el legislador español que la adopción de este acuerdo lo fuera por unanimidad: véase, sobre este particular, el primer Proyecto de Ley publicado en el BOCG de 8 de septiembre de 2010, Serie A, n.º 85-1!), en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, sí ha sido objeto de mayor polémica este extremo, como nuevamente subraya Pieralli, Alessandro. *El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España*. *Op. cit*., país donde la mayoría establecida al efecto es idéntica que en España. Sobre este particular, Calaza López, Sonia. *El arbitraje societario. Op. cit*., p. 206, también apunta como, en España, «la solución doctrinal ofrecida al interrogante planteado no ha sido unánime puesto que frente a un primer sector, partidario de la necesaria unanimidad en la aprobación del acuerdo de modificación estatutaria, se alza un segundo sector, que se muestra favorable a la adopción del mismo acuerdo a través de una simple mayoría y conforme a lo establecido, con carácter general, en los artículos 103 y 104 de la LSA y 158 del RRM, para el supuesto de que el referido acuerdo dimane de una sociedad anónima. La mayoría simple o relativa parece, a mi juicio, suficientemente acreditativa (…) y ello fundamentalmente porque en modo alguno debiera dejarse en manos de una minoría obstruccionista una solución de tanta envergadura para la sociedad como lo es la proyectada resolución de sus futuros conflictos a través de la vía arbitral».

(además de a la propia sociedad,[35] a futuros socios[36] y a sus herederos) a los administra-

[35] Como apunta CALAZA LÓPEZ, Sonia. *El arbitraje societario. Op. cit*., p. 220, siguiendo la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, «cuando la cláusula arbitral se incluye en los Estatutos, se convierte en una norma de autogobierno para la sociedad y los socios en sus relaciones recíprocas. Por esta razón parece razonable que quede vinculada por el convenio arbitral».

[36] Como bien resume el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz de 4 de febrero de 2004 (AC 2005\163), donde se discutía incluso la oponibilidad de un pacto estatutario de sumisión a arbitraje a un socio que pretendía separarse de la sociedad, «Los Estatutos sociales forman parte integrante de la escritura de constitución de la sociedad (art. 8 LSA y 12 LRSL contienen las normas que han de regir la organización y funcionamiento de la sociedad. Los Estatutos han de tener el contenido mínimo y obligatorio previsto legalmente (arts. 9 LSA y 13 LSRL), pudiendo los socios establecer otras menciones estatutarias, bien para completar la regulación legal, o bien para sustituir el régimen legal que recoge la Ley por otro estatutario, como puede ser en este caso, la inclusión de un convenio arbitral, supuesto harto frecuente en la práctica societaria. La adquisición de la condición de accionista o socio de una sociedad, mediante la adquisición de acciones o participaciones de la misma, supone la suscripción por el adquirente de los Estatutos que regulan el funcionamiento de la sociedad, y que vinculan a los nuevos socios mientras no se produzca la modificación de los mismos, con los requisitos que se prevén en los arts. 144 y ss. LSA, para la Sociedad Anónima y arts. 71 y ss. LSRL, para la Sociedad de Responsabilidad Limitada (…). Por todo lo expuesto, no obsta a la existencia de convenio arbitral el hecho de que el mismo conste como cláusula incorporada en los Estatutos de una sociedad, ya que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje aunque no hayan participado en la redacción de los mismos, deriva de la propia adquisición de la condición de socio, con subrogación en la posición del anterior, quedando vinculadas, como se ha dicho, por el contenido de los Estatutos sociales, lo que no significa que no se respete la autonomía de la voluntad de las mismas, que podrán modificar posteriormente los Estatutos Sociales, ya que, precisamente, la disponibilidad del contenido estatutario para la propia sociedad, se entiende como una consecuencia de la autonomía de la persona jurídica que se ejerce, tanto en el momento fundacional, configurando su estructura y funcionamiento inicialmente, como con ocasión de modificaciones posteriores. Nada impide, por tanto, que una vez constituida la sociedad, los accionistas o socios, decidan modificar posteriormente, bien por necesidad, bien por conveniencia, los Estatutos sociales suprimiendo o adicionando algún o algunos de sus preceptos estatutarios, o dándoles nueva redacción (STS 18-12-1987). Por tanto, para no quedar vinculados por el art. 47 de los Estatutos sociales, las partes debieron proceder a la modificación estatutaria, lo que no ha tenido lugar. Quinto.- Por último alega la parte demandada la inexistencia de convenio arbitral para resolver la controversia de la separación de los socios, ya que entiende, que al estar incluida la cláusula en el capítulo de la disolución de la sociedad, sólo resultaría aplicable para resolver las controversias suscitadas entre los socios relativas a dicha cuestión. Tampoco puede compartirse esta interpretación, que supone desconocer la práctica habitual de incorporar en los Estatutos Sociales la cláusula de arbitraje como cláusula de cierre de los mismos, como ocurre en el presente caso, que constituye el último artículo, y para su interpretación, habrá de acudirse a las normas de interpretación de los contratos, como señala la STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983, 799) (…) y en igual sentido, la STS de 25 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1894) (…). En el presente caso, en el convenio arbitral recogido en el art. 47 de los Estatutos se hace constar que «todas las cuestiones, dudas y diferencias que surjan entre los accionistas o entre

dores de la sociedad (inclusive a los de hecho que reconozcan su condición de tales);[37] al socio separado (si el objeto del litigio nace cuando el ex socio todavía formaba parte de la sociedad);[38] a los titulares de derechos sobre acciones o participaciones sociales[39] o a la sociedad absorbida, en una operación societaria de fusión por absorción.[40] Por el contrario, no podrá hacerse valer frente a terceros, ante todo (por la sencilla razón de que, como es sabido, no quedan vinculados por el convenio arbitral); frente a los obligacionistas (en la medida en que, como terceros acreedores, no podrán verse en principio afectados por la cláusula arbitral contenida en los Estatutos);[41] en contratos de

---

éstos y la sociedad, se resolverán por arbitraje de equidad», sin que se distinga por razón de la naturaleza de la cuestión, no pudiendo entenderse que la intención de las partes fuera limitar el arbitraje a las cuestiones relativas a la disolución de la sociedad; debiendo rechazarse igualmente este motivo de oposición. Por todo lo expuesto, estimando acreditada la existencia de convenio arbitral, procede estimar la petición formulada y proceder a la designación de árbitro». En resumen, como afirma Campo Villegas, Elías. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». *Revista Jurídica de Catalunya*. *Op. cit.*, pp. 324 y ss., la voluntad del nuevo socio al adquirir el título societario implica su consentimiento de adhesión a todas las cláusulas contenidas en los Estatutos.

37 Así lo afirma, nuevamente, Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, p. 118 cuando, textualmente, indica que «precisamente por esa equiparación legal, el administrador de hecho siempre podrá pretender que, conforme a la correspondiente cláusula estatutaria, la controversia relativa a su responsabilidad como tal se sustancie por la vía arbitral. No cabrá, sin embargo, someter a arbitraje la controversia conceptualmente previa relativa a si concurre o no en determinada persona la condición de administrador de hecho, por la que se decide precisamente la atribución o no de esa condición».

38 Así lo afirma Carazo Liébana, María. José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 225, opinión que compartimos plenamente, con los importantes matices que señala, asimismo, en las páginas siguientes.

39 Así lo entiende, en efecto, Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, p. 111, cuando afirma que «en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad (como los de voto en las Juntas, reclamación del pago de dividendos sociales, derecho de suscripción preferente, etc.)».

40 Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, pp. 119-122.

41 Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, p. 111. Por lo demás, y como acertadamente destaca este autor, «caso aparte lo constituyen las obligaciones convertibles en acciones (…) en la medida en que su titularidad está llamada a convertirse en la titularidad de acciones, e implica de modo inmediato y sin esperar a la correspondiente conversión la atribución de determinados derechos sociales, o interfiere o se imbrica con cuestiones estrictamente societarias para preservar su posición como futuros socios, debe suponer la aceptación de los Estatutos sociales en cuanto afecten o se relacionen con todo ello. Así, si los obligacionistas impugnan un acuerdo social de aumento de capital con cargo a reservas, o de reducción de capital social por pérdidas, porque les afecta (negativamente) en distinta medida que a los socios actuales, no lo están haciendo como meros terceros: su interés legítimo es el que deriva de su potencial condición de socios (…). Una problemática similar se plantea, y a la misma solución cabe defender por análogas consideraciones, en relación a las controversias que

alta dirección (salvo que la relación orgánica absorba a la laboral)[42] o a los auditores de la sociedad, al no imponer la aceptación de su cargo la asunción íntegra de los estatutos sociales y, por ende, de la cláusula arbitral.[43] Mucho más difícil será argumentar, en cambio, su aplicación en litigios vinculados a grupos de sociedades o que dimanen de contratos conexos, supuestos en los que habrá que actuar con extrema cautela como brillantemente viene haciéndolo, desde mediados de los años ochenta fundamentalmente, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.[44]

En tercer lugar, aunque el viejo debate en torno a si debe de rechazarse sistemáticamente o no la cláusula de sumisión a arbitraje en los Estatutos sociales de una sociedad abierta (frente a los de una sociedad personalista donde el margen de autonomía de la voluntad es menor) deba estimarse hoy en día superado, no es menos cierto que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, en sociedades de capital modesto las normas legales (inclusive, por tanto, la posibilidad de someter a arbitraje la problemática societaria) han de ser aplicadas con mayor flexibilidad,[45] frente a las sociedades anónimas abiertas, donde confluyen intereses múltiples y el socio se erige, muchas veces, en un simple inversor,[46] al trasladarse el centro neurálgico de las bata-

---

deriven del ejercicio de sus derechos por titulares de los conocidos como *warrants* societarios, aquellos valores negociables que incorporan un derecho a la suscripción de acciones de nueva emisión de la sociedad en cuestión (…). Tales *warrants* pueden entregarse a los administradores como modalidad retributiva (dentro de las *stock options* que contempla hoy el art. 130 *in fine* de la LSA), con lo que la sumisión de las correspondientes controversias a la cláusula arbitral tendrá entonces lugar por este concepto».

42 Como indica OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, pp. 116-118 (al hilo de una consabida doctrina jurisprudencial), cuando el alto directivo también es administrador, la relación orgánica absorbe a la laboral, «por lo que la retribución que por todos los conceptos haya de percibir debe constar en los Estatutos sociales para ser lícita. La resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002, frente al argumento del Registrador calificante de que ésta es una cuestión ajena a los Estatutos, sigue el referido criterio del Tribunal Supremo, señalando que la absorción de las funciones directivas por la relación societaria determinará que su retribución haya de sujetarse a las exigencias de ésta. Siendo así, una controversia relativa a tal retribución como alto directivo deberá entenderse incluida en el ámbito objetivo de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje. Y en definitiva, la misma solución cabe aplicar más allá de la materia estrictamente retributiva».

43 Sobre este particular véase, de nuevo, OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando. *El arbitraje en los tiempos de la globalización*. *Op. cit.*, p. 119.

44 Sobre este particular puede verse, entre otros, mi trabajo «La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI», *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. Madrid, 2011, pp. 45 y ss.

45 En torno a este extremo véase, entre otras, la STS de 20 de abril de 1960 (RJ 1284\1960).

46 En este sentido (aunque con tintes manifiestamente anti-arbitrales), véase el estudio de MUÑOZ PLANAS, José María. *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles. Op. cit.*, pp. 381 y ss., cuyas conclusiones compartimos en parte sobre esta concreta cuestión. En

llas de los intereses de la Junta General al Consejo de Administración.[47] De ahí que en determinados ordenamientos jurídicos de Derecho comparado se excluya el arbitraje que ahora nos ocupa para este tipo de empresas como acontece, por ejemplo, con las sociedades de capital riesgo.[48]

IV. Alcance objetivo del convenio arbitral

Analizado el convenio arbitral y su ámbito subjetivo, tan sólo resta por examinar el alcance objetivo de este último, esto es, la materia societaria que puede entenderse cubierta por él. Y aquí es donde, como veremos, puede constatarse lo que exponíamos anteriormente, a saber, que el arbitraje societario, en mayor o menor medida, ha existido en nuestro ordenamiento jurídico desde siempre y que nuestra jurisprudencia, pese al relatado período «anti-arbitral» que se dio en materia de impugnación de acuerdos sociales, fundamentalmente, ha sido, por lo general, ampliamente permisiva (por lo menos, en comparación con otros ordenamientos jurídicos europeos) a la hora de admitir que puedan dirimirse por este cauce todo tipo de controversias surgidas en el seno de una mercantil.

¿Y cuáles son, por tanto, los litigios que tanto la doctrina como nuestros tribunales admiten, en la actualidad, que puedan sustanciarse por este modo alternativo de resolución de conflictos?

En primer lugar, evidentemente, la propia impugnación de acuerdos sociales (no de decisiones individuales que puedan adoptar determinados administradores que actúen solidariamente o consejeros delegados cuyas facultades han sido delegadas de

---

sentido parecido, Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario*. *Op. cit*., p. 119, opina por su parte que «en una sociedad abierta cuyas acciones son admitidas a cotización oficial, posiblemente a los accionistas no les interesa tanto el participar en la vida interna de la sociedad como los beneficios económicos que la suscripción de las acciones les reporta. Es más, puede que desconozcan (aunque este dato en principio no debe alterar la argumentación) la existencia del convenio arbitral (…). Para concluir, en nuestra opinión, sin negar la arbitrabilidad de los litigios que surjan en SA abiertas, las SRL y las sociedades anónimas pequeñas y familiares son las que mejor se adaptan a la institución arbitral». Finalmente Chiarloni, Sergio. *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato e sulla natura del lodo*. *Op. cit*., p.127, afirma gráficamente por su parte, tras suscribir la anterior opinión, que en estos supuestos «*ne nasce una situazione molto simile a quella del consumatore, con analoghe esigenze di protezione giuridica*».

47 Como ilustrativamente afirma Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. Op. cit*., p. 89.

48 Sobre este particular, véase la reseña intitulada *Profili di attualità dell´arbitrato societario*. *Op. cit*., p. 88, comentando la última reforma operada en Italia.

forma solidaria)[49] que se celebren en el seno de una Junta o Consejo de Administración, siempre que la cláusula arbitral lo permita.[50]

---

[49] Como acertadamente destaca CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 124, siguiendo a Sonia Calaza López.

[50] Interesante resulta, en este sentido, la SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2010 (JUR 2010\386261), cuando acertadamente concluye que el actor no podía impugnar los acuerdos de consejo en su condición de administrador, por no entrar dicha impugnación dentro del ámbito de la cláusula arbitral: «Primero.- El recurrente considera una decisión errónea que el juzgado de lo mercantil se haya abstenido de conocer de la demanda de impugnación de acuerdos por él planteada contra *Durán Auctions On Line SL* en relación con los adoptados por el consejo de administración de dicha entidad el 6 de octubre de 2006. Entiende el apelante que la cláusula contenida en el artículo 29 de los Estatutos sociales, relativa a los asuntos que deberían ser objeto de arbitraje, no resultaría aplicable en el presente caso. El Juez de lo Mercantil, estimó, en cambio, la declinatoria a que se refiere el artículo 11 de la Ley n.º 60/2003 de arbitraje en relación con el artículo 63 de la LEC, y decidió que no correspondía a los tribunales el conocimiento de dicha controversia merced a la remisión a arbitraje que consta en los Estatutos de la sociedad cuyos acuerdos son objeto de impugnación. El artículo 29 de los Estatutos de la mercantil *Durán Auctions On Line SL* literalmente señala que «toda cuestión o duda que se suscite entre accionistas o, entre éstos y la sociedad, con ocasión o motivo de las cuestiones sociales y sin perjuicio de las prevalentes normas de procedimiento establecidas en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, será resuelta forzosamente en el lugar del domicilio social y por arbitraje, formalizado con arreglo a las prescripciones de la legislación vigente. No obstante lo anterior, si fuese preciso acudir a los tribunales de justicia, los socios, con renuncia expresa a su propio fuero, quedan sometidos expresamente a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del domicilio social (…). Ateniéndonos a tal criterio, que resulta aplicable cada vez que aparezca una contienda de las características que allí se daban, debemos remarcar las diferencias que existen con la que ahora nos ocupa, lo que justifica que la respuesta pueda ser distinta. Entonces se trataba del ejercicio de una acción de impugnación de determinados acuerdos de la junta general de la sociedad emprendida por el demandante que esgrimía su condición de socio de la misma. En cambio, ahora se trata del ejercicio de una acción de impugnación de unos acuerdos del consejo de administración que el actor emprende esgrimiendo su condición de miembro de dicho órgano. Este matiz es de gran relevancia, puesto que la ley distingue, aunque la reconozca a ambos, entre la legitimación del administrador y la del socio para poder ejercitar ese tipo de impugnaciones (artículo 70 de la LSRL, correspondiente con el artículo 251 del reciente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado Real Decreto Legislativo n.º 1/2010 de 2 de julio de 2010), exigiendo en el caso del segundo que alcance un determinado porcentaje de participación social, por lo que no todo socio podría impugnar por sí los acuerdos del consejo de administración; además, en el caso del administrador todas sus actuaciones pueden ser analizadas a la luz del régimen de responsabilidad que la ley le impone por el comportamiento que despliegue en el desempeño de su cargo (artículo 69 de la LSRL, correspondiente con el artículo 236 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), lo que no resulta aplicable al socio. Nos encontramos, por lo tanto, con que la acción emprendida no resultaría subsumida en el ámbito del conflicto socio-sociedad al que de modo estricto se refiere la cláusula de sumisión a arbitraje, pues quedarían fuera de la misma las polémicas entre los administradores y la sociedad, ya que no cabe realizar una interpretación extensiva de la previsión estatutaria cuando

En segundo lugar, en materia de responsabilidad de administradores[51] y, muy particularmente, la acción social de responsabilidad, dado que la acción individual será casi siempre ejercitada por terceros acreedores a quienes, obviamente, no podrá oponérseles la cláusula arbitral y, si es ejercida por los socios cuando la actuación de los administradores les haya causado un perjuicio directo a su patrimonio, difícilmente podrán sustanciarse estos litigios por los cauces del arbitraje.[52] Por todas, puede citarse la importante sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de

además está en juego el derecho a obtener la tutela efectiva ante los tribunales (artículo 24 de la Constitución) que sólo puede derivarse hacia el proceso arbitral si mediase una incuestionable sumisión voluntaria de determinada cuestión litigiosa al arbitraje. Es cierto que el demandante, el Sr. Gabino , ostenta también la condición de socio, pero como se desprende de su demanda no accionó como tal, sino expresamente merced a su cargo de administrador social (es decir, con independencia de que fuese o no socio, merced a una legitimación diferenciada que le venía atribuida por la ley), sin que podamos entrever en ello el empleo de una censurable maniobra fraudulenta, pues está en su derecho de actuar de una u otra forma, con sujeción, según su elección, al cumplimiento de exigencias distintas de legitimación y a responsabilidades diferentes derivadas de tal opción. Por lo tanto entendemos que no podía la entidad societaria oponer en el presente caso la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje, estando el demandante en su derecho a acudir libremente ante los tribunales». Por lo demás, admiten el arbitraje societario en materia de impugnación de acuerdos sociales, entre otras muchas, las SAP de A Coruña, de 26 de enero de 2001 (JUR 2001\101172); SAP de Málaga, de 23 de abril de 2002 (JUR 2002\235965); SAP de Pontevedra de 10 de febrero de 2003 (AC 2003\431); SAP de Guadalajara, de 8 de julio de 1997 (AC 1997\1429); SAP de Vizcaya, de 13 de febrero de 2002 (JUR 2002\219114) o la SAP de Cantabria, de 24 de noviembre de 2000 (JUR 2001\84660)

51 Sobre este particular ya advertía acertadamente en su día Muñoz Planas, José María. *Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles. Op. cit.*, p. 465, que es ésta «una controversia de contenido sustancialmente patrimonial, tendente, en última instancia, al resarcimiento de los daños causados y siendo esto así lo que no puede negarse es que el derecho al resarcimiento es perfectamente disponible por parte de la sociedad y, en consecuencia, susceptible de ser decidido mediante arbitraje si procede o no y en qué límites».

52 Como acertadamente subraya Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 190, «si la acción es ejercida por terceros, la responsabilidad exigible es extracontractual y, además, en ningún caso estarán sometidos a la cláusula arbitral estatutaria. La polémica puede venir determinada en el ejercicio de la acción de los socios cuando la actuación de los administradores haya causado algún perjuicio directo en su patrimonio. No existe relación contractual entre los socios (a título individual) y los administradores. Ese distinto matiz (en relación con la acción social) pudiera llevar a negar la utilidad de la cláusula arbitral estatutaria para dirimir este tipo de controversias, por cuanto el litigio surge entre los socios a título particular y los administradores. Si el ámbito objetivo del convenio arbitral estatutario son las relaciones litigiosas entre los socios entre sí o entre éstos con la sociedad por razón del contrato social, y si defendemos el carácter extracontractual de esta responsabilidad, parece difícil encauzar este tipo de litigios por el arbitraje. En definitiva, creemos que en la acción individual de responsabilidad no tiene encuadre el arbitraje societario estipulado, dejando a salvo, evidentemente, la posibilidad de que las partes afectadas puedan acordar, a título privado como pacto parasocial, un convenio arbitral para dirimir sus controversias».

2004 (RJ 2004\5476) que, tras repasar el estado actual de la doctrina jurisprudencial, afirma categóricamente que tratándose de una acción social de responsabilidad «de un socio contra el otro», se trata de una divergencia entre socios y, por tanto, de una acción comprendida en la cláusula de sumisión a arbitraje.[53]

En tercer lugar, también han convenido tanto la doctrina como nuestra mejor jurisprudencia que son perfectamente dirimibles por el cauce arbitral la separación y exclusión de socios,[54] y ello por cuanto que, se trate de sociedades personalistas o capitalistas, los derechos de terceros se hallan suficientemente protegidos por la normativa legal.[55] Por todas, puede citarse la reciente SAP de Barcelona, de 26 de febrero de 2008 (JUR 2009\84469) o el interesante Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 4 de febrero de 2004 (AC 2005\163),[56] que nuevamente inciden en

---

[53] De forma idéntica, véase la SAP de Zaragoza de 29 de diciembre de 2001 (JUR 2001\81246) cuando categóricamente afirma que «El artículo 29 de los Estatutos de la Sociedad demandante dispone que «todas las cuestiones que se susciten entre la sociedad y los socios, administradores, liquidadores, en lo no previsto en los presentes Estatutos serán resueltas por árbitros de equidad nombrados con arreglo a la Ley de 5 de diciembre de 1988, sin perjuicio de las acciones de impugnación que competen a los socios». La acción que se ejercitaba en la demanda encuentra su apoyo jurídico en los arts. 65 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en relación con el art. 134 de la L.S.A, referido a la acción social de responsabilidad contra los administradores: «está legitimada la Sociedad *ad causam* por la actuación ilícita del administrador... y por ser la propia Sociedad la perjudicada por la actuación de aquél», se afirmará en el cuarto fundamento de derecho de la demanda (f. 16). No se puede discutir pues que lo que es objeto del presente procedimiento, que la pretensión que se ejercita en la demanda, entra dentro del ámbito de lo que, estatutariamente, debe solventarse por árbitros privados. La misma constituye el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra quien fuera administrador de la sociedad, al haber detraído, en beneficio de la nueva sociedad constituida por él mismo, no sólo clientela sino trabajos específicos que se habrían encargado a la sociedad demandante, así como la cesión de los derechos de autor de la producción de un determinado vídeo realizado por la demandante. En la medida en que los Estatutos disponen que todas las cuestiones que se susciten entre la sociedad y sus administradores se someterán a arbitraje, y de lo que sólo parece hacerse excepción a las acciones de impugnación y que el demandado era socio de la mercantil demandante por haber adquirido participaciones sociales, lo que propició su nombramiento como administrador (hecho segundo de la demanda), es patente que, por una parte haya convenio arbitral y que, por otra el conflicto entre las partes debe someterse a arbitraje». Nótese, por lo demás, como el litigio debía dirimirse en equidad, como muestra, una vez más, de lo que exponíamos anteriormente, a saber, que la equidad se pacta en innumerables ocasiones en los Estatutos sociales de nuestras empresas.

[54] Sobre este particular véase, nuevamente, MUÑOZ PLANAS, José María. *Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles. Op. cit.*, p. 480.

[55] Para un estudio en profundidad de esta materia, nos remitimos nuevamente al estudio de CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, pp. 190 y ss.

[56] Para la transcripción de los apartados más interesantes de esta resolución, véase nuestra nota a pie de página número 35. La SAP de Barcelona antes transcrita afirma, por su parte, que «Por la

el hecho de que la aplicación de normas imperativas (en un arbitraje de equidad, en el segundo supuesto), no obsta a que estos conflictos puedan dilucidarse a través del procedimiento arbitral.[57]

En cuarto lugar, puede someterse, asimismo, sin problema alguno a arbitraje la materia relativa a la disolución de sociedades, es decir, el análisis de si la compañía está en causa legal de disolución (al igual que la impugnación del concreto acuerdo decretando o no la disolución de esta última), como ilustra la jurisprudencia actual[58]

---

parte demandada se invocó la cláusula 21 de sus Estatutos sociales aportados como documento número 4 con la demanda en la que se establece que: "Todas las controversias que pudieran suscitarse entre los socios entre sí o entre ellos y la sociedad, que se refieran a la existencia, validez, interpretación, alcance, contenido, ejecución, suspensión o resolución del contrato social, de la sociedad o de cualquiera de sus artículos, o de cualquier anexo o documento complementario que los desarrolle o complemente, serán resueltos definitivamente mediante arbitraje de derecho, al que las partes se someten con renuncia al fuero que les correspondiere. Las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral. El Auto, que ahora es recurrido por el citado actor, declaró la falta de jurisdicción del Juzgado Mercantil para conocer de la solicitud deducida por sometimiento de la cuestión a arbitraje (…). Tampoco puede ser acogido el argumento consistente en que la citada cláusula no le afecta porque el recurrente ya no es socio por cuanto amén de constituir una incongruencia, pues pretende hacer valer su derecho como socio (y no como tercero) precisamente impugnando el acuerdo, olvida que resulta obvia la existencia de obligaciones cuya vocación es, precisamente, la de regir la extinción de la relación contractual. Cita la parte apelada el artículo 16 de la Ley n.º 2/2007 de 15 de marzo de 2007, de Sociedades Profesionales que, aun no resultando de aplicación al caso por razones de índole temporal, establece precisamente la posibilidad de que las cuestiones relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación puedan someterse a arbitraje. Tal previsión normativa también debe ser tenida en consideración y resulta ser un argumento contrario al sostenido por el apelante (…).El último de los motivos lo fundamenta la parte recurrente en la legalidad de la cláusula arbitral, pues la impugnación del acuerdo social de separación no puede ser resuelta por un tribunal arbitral por cuanto para la resolución del arbitraje se deberán aplicar normas de carácter *ius cogens*. Hemos sostenido en anteriores resoluciones, como en el Auto de 16 de marzo de 2005 (RA 693//2004), que el carácter imperativo o de *ius cogens* de los preceptos que regulan la cuestión no constituye por si misma un obstáculo a la arbitrabilidad sino que solamente impide que los árbitros infrinjan en sus laudos tales normas imperativas. De ahí que proceda rechazar tal alegación».

57 Por lo demás, y como acertadamente afirma Campo Villegas, Elías. *Temas del arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit*., p. 47, «decidida por la sociedad la exclusión del socio, en aquellas compañías y supuestos permitidos, la oposición del mismo dará lugar a una controversia, a nuestro entender arbitrable, pues el derecho a la condición de socio es tan disponible como su enajenación».

58 En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos citar la STS de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9855) o la SAP de las Islas Baleares de 24 de octubre de 2000 (JUR 2001\25135), en un supuesto en el que la liquidación societaria se sometía nuevamente (¡cómo no!) a arbitraje de equidad. Interesante resulta asimismo la STS de 17 de abril de 2001 (RJ 2001\2395), que en un supuesto en el cual tenía que dirimirse por un tribunal arbitral la disolución de una sociedad,

o la praxis arbitral (por lo menos, del Tribunal Arbitral de Barcelona)[59] se ha encargado de demostrar también durante los últimos decenios. Por lo demás, nótese cómo la posibilidad de acudir a arbitraje en este ámbito se admite desde hace años (inclusive cuando se negaba por parte de nuestro Alto Tribunal la posibilidad de impugnar acuerdos sociales por esta vía), como lo demuestran las numerosas resoluciones jurisprudenciales recaídas sobre este particular a lo largo de los años sesenta y setenta del pasado siglo.[60] Por último, como también acredita la práctica arbitral antes mencionada, nada obsta a que la ulterior liquidación y conflictos que puedan derivarse de la misma se diriman también por arbitraje.[61]

---

revoca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid que apreciaba de oficio la nulidad de un convenio arbitral.

59 En torno a la dilatada praxis del tribunal arbitral barcelonés afirma acertadamente FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. «Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales». *Revista General del Derecho*, n.º 609, 1995, p. 6920, que la doctrina antiarbitralista que existía sobre este particular demostraba «el divorcio existente entre la praxis societaria y la doctrina. La primera (…) nos muestra una preferencia por el mecanismo arbitral que llega a ser casi universal en cierto tipo de sociedades (las pequeñas y familiares) y en ciertas plazas (la de Barcelona, por ejemplo): de una muestra de 100 sociedades limitadas constituidas el pasado año en Barcelona, 76 presentaban una cláusula arbitral en sus estatutos».

60 Así lo afirma también CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del Arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit.*, p. 49, quien cita sobre este particular en su interesante estudio las SSTS de 1 de febrero de 1960; 30 de noviembre de 1961; 24 de enero de 1969 y 31 de enero de 1972, siguiendo los estudios de MUÑOZ PLANAS, José María y CARAZO LIÉBANA, María José. Por lo demás, nuestra experiencia como árbitro y/o abogado de parte ante el tribunal arbitral antes citado nos ha permitido constatar cómo, efectivamente, la disolución de sociedades ha sido y es un tema recurrente ante este último, que concluye con el nombramiento, por parte de esta institución, del pertinente liquidador.

61 Así lo afirma también CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 215, quien subraya además como «en una posición favorable al arbitraje encontramos numerosas sentencias. Incluso la posibilidad de que los árbitros sean investidos de funciones liquidatorias (…). Su régimen jurídico es el de un liquidador, por lo que si los socios no están conformes con el balance final podrían impugnarlo de la forma prevenida en la Ley (…). En la misma línea, la jurisprudencia italiana admite que puedan atribuirse al juicio de árbitros el conocimiento de las deliberaciones sobre disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores. Por el contrario, en Francia, en una primera etapa (…) se utilizó como argumento contrario la afectación al principio de orden público» (De forma idéntica, véase también sobre este particular HANOTIAU, Bernard. *L´arbitrabilité des litiges en matière de Droit des sociétés. Op. cit.*). Por su parte CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit.*, p. 49, también destaca en este sentido como «una vez disuelta la sociedad, su liquidación puede hacerse en vía arbitral, bien nombrando los árbitros al liquidador, bien efectuando ellos mismos la liquidación y adjudicaciones en supuestos sencillos o por haber sido especialmente designados para ello en la cláusula estatutaria de sumisión arbitral, razón por la cual aconsejamos complementar en tal sentido los formularios notariales».

En quinto lugar, conviene, asimismo, un sector de la doctrina actual (aunque la cuestión no sea del todo pacífica),[62] que puede someterse perfectamente a arbitraje el conocimiento y decisión de los litigios en que se ventile la acción de nulidad de la sociedad, si bien algunos tribunales, como la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de fecha 9 de febrero de 2004 (JUR 2004\231036), siguen rechazando esta posibilidad por los eventuales riesgos de perjuicio a tercero que pueden llegar a producirse.[63]

En sexto lugar, también se ha admitido sin reparos, tanto por nuestra doctrina y jurisprudencia, como en otros países de nuestro entorno cultural más próximo, la arbitrabilidad de las controversias relativas a la interpretación de los Estatutos Sociales, siempre y cuando, claro está, atendida la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, de lo que se trate es de que el árbitro resuelva una controversia, y no integre o complete meramente una relación jurídica incompleta, como si de un acto de jurisdicción voluntaria se tratara.

---

62 Así, Campo Villegas, Elías. *Temas del arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit.*, p. 51 entiende, frente a los que rechazan esta posibilidad, que «la cuestión se halla mal planteada. No es que el interés de los terceros vede la arbitrabilidad del tema, sino que la resolución arbitral (lo mismo que la judicial) no puede perjudicarles». Por su parte, Olaizola Martínez, Fernando. *El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. Op. cit.*, p. 110, también entiende que esta materia es perfectamente arbitrable, al igual que Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, pp. 168 y ss., quien, no obstante, señala que el texto de la Directiva n.º 68/151/CEE podría constituir un obstáculo insalvable para la admisión del arbitraje en este materia, al referir en su artículo 11.1 que la declaración de nulidad deberá ser declarada por resolución judicial, en concordancia con lo establecido en las antiguas LSA y LSRL. En contra de la arbitrabilidad de la materia que ahora nos ocupa véase, entre otros, Polo Sánchez, E. «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles». *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1992, n.º 4, pp. 67 y ss.

63 A tenor de esta sentencia, «Segundo.- El artículo 1 de la de Arbitraje prevé que se puede someter a arbitraje toda cuestión litigiosa, salvo que la materia sobre la que verse la controversia no esté sustraída del poder de disposición de los litigantes. En base a dicho precepto, en relación con el artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece que «no podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de las acciones», y con el artículo 34 de la misma Ley que recoge dicha causa de nulidad, ha de estimarse que las garantías impuestas legalmente para la válida constitución de la sociedad no son materia de libre disposición de las partes y, por ende, deben quedar excluidas del arbitraje. En consecuencia, y dado que se trata en el presente caso de una acción de nulidad radical de la sociedad, no se estima aplicable aquí el criterio que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 355/1998 de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984), ya que en la misma tal pronunciamiento se hizo respecto a la acción de nulidad de la Junta de accionistas y de impugnación de acuerdos sociales, mientras que la que aquí se ejercita, por afectar al capital social, tiene transcendencia frente a terceros, y es absolutamente indisponible».

Por último, y sin ánimo exhaustivo, también se ha admitido la arbitrabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, de la valoración de aportaciones *in natura*[64] o del reparto de beneficios.[65] Todo ello sin olvidar, claro está, la posibilidad que tienen los árbitros de acordar la pertinente tutela cautelar (fundamentalmente, en el ámbito que ahora nos ocupa, la anotación preventiva de demanda o la suspensión de acuerdos sociales) cuestión ésta que, por la brevedad del presente trabajo, no podemos abordar ahora, por lo que no podemos por menos que remitirnos, sobre este particular, a la opinión de la doctrina más autorizada.[66]

V. CONCLUSIÓN

Como acertadamente afirma Cremades, «la polémica doctrinal sobre la arbitrabilidad o no de la impugnación de los acuerdos sociales pertenece ya, por fortuna, a la historia del Derecho español».[67] Efectivamente, el último eslabón que faltaba para completar el círculo de la plena admisibilidad del arbitraje societario se obtuvo en el año 1998, cuando tanto la Dirección General de Registros y del Notariado como nuestro Tribunal Supremo pusieron fin a la doctrina anti-arbitralista que perduraba al respecto desde aproximadamente mediados de siglo pasado.

No obstante, como también hemos expuesto a lo largo de estas breves páginas, no por ello el arbitraje societario, en la más amplia acepción del término, dejó de

---

64 Para un estudio más en profundidad de esta materia, véase nuevamente CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario. Op. cit*., pp. 159 y ss. o CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit*., pp. 53 a 55, quien destaca también como «no existe una respuesta unitaria a la arbitrabilidad de esta materia», por cuanto que «en las sociedades colectivas, la disponibilidad de los temas cuestionados es plena, puesto que la garantía de los acreedores se halla en la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, de tal manera que, como se dijo por Garrigues, lo que los acreedores no encuentren en las arcas de la sociedad lo hallarán en los bolsillos de los socios», por mientras que «en las sociedades anónimas (…) las normas establecidas para garantizar el principio de integridad del capital social tienen naturaleza imperativa, afectan al orden público institucional y protegen los intereses de la sociedad, de los socios y de los terceros acreedores» (aunque el citado autor, a título personal, se incline por la arbitrabilidad de este campo).

65 Así lo afirma CAMPO VILLEGAS, Elías. *Temas del arbitraje societario vistos por un notario. Op. cit*., pp. 55-56, con cita de una interesante STS de 21 de marzo de 1985.

66 Sobre este particular véase, por todos, el reciente estudio de MALLANDRICH MIRET, Noelia. *Medidas cautelares y Arbitraje.* Barcelona, 2010, así como los estudios de MUÑOZ SABATÉ, Luis. «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991, n.° 3, pp. 729 y ss. o PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares.* «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000». AAVV. Barcelona, 2000, tomo II, pp. 537 y ss., entre otros.

67 CREMADES, Bernardo. *El arbitraje societario. Op. cit*., p. 2.

existir en algún momento, al admitirse en otras tantas materias como, por ejemplo, en el ámbito de la disolución o liquidación de compañías. Quizá por remontar su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico a las Ordenanzas de Bilbao, al Código de Comercio de 1829 o a la Constitución de 1812, puede afirmarse sin duda alguna, a la luz del Derecho comparado, que su aceptación en España ha sido históricamente mayor que en otros Estados de la Unión Europea como, por ejemplo, en la República Federal de Alemania o en Italia,[68] donde subsisten aún determinados reparos hacia esta institución, tan importante como indispensable en la práctica, atendidos los múltiples conflictos que surgen en el seno de nuestras sociedades y la imperiosa necesidad que existe de resolverlos rápidamente, en concordancia con las exigencias del mundo moderno y, muy particularmente, del ámbito económico y empresarial.

Por consiguiente, puede afirmarse, sin duda alguna, que las bases estaban ahí —muy bien asentadas, cabe añadir incluso— para que el arbitraje societario despegara finalmente y —esperemos— siga haciéndolo como hasta ahora, hasta el extremo —como hemos visto— de encomendar sin reparos a árbitros de equidad la recta resolución de estos conflictos (como históricamente hemos podido constatar que ha venido haciéndose en España), siendo perfectamente conocedores del hecho que resolver en equidad no significa prescindir de normas imperativas ni, por lo general, de espaldas a nuestro ordenamiento jurídico.

Lamentablemente —eso sí— la última reforma de nuestra Ley de Arbitraje, operada a través de la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, ha desaprovechado la ocasión para regular importantes cuestiones sobre esta materia, como la intervención de terceros o la potencial acumulación de acciones que puede darse entre procedimientos judiciales y arbitrales[69] (entre los principales aspectos que se nos ocurren), en

---

[68] Sobre este particular, además de la obra de Carazo Liébana, María José. *El arbitraje societario. Op. cit.*, recomendamos la lectura, en castellano, del trabajo de Vicent Chulià, Francisco. *Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final. Op. cit.*, quien expone un somero resumen de cuál es la situación en ambos países e, inclusive, en Francia. Acertadamente afirma por ello Fernández del Pozo, Luis. *Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales. Op. cit.*, p. 6917, que es ésta —por lo que a España se refiere— «una guía para los perplejos», pues, efectivamente, y en contra de lo que pudiera parecer a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, el arbitraje societario goza de gran tradición en nuestro país. Para una visión de conjunto del Derecho italiano sobre esta materia pueden verse, entre otros, Ruffini, G. «*Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, n.º 2, pp. 495y ss.; Bove, Mauro. «*Arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*». *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, n.º 4, pp. 931 y ss.; Giudotti, Rolandino. «*L´arbitrato di diritto comune in materia societaria*». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, n.º 2, pp. 675 y ss.

[69] Como acertadamente afirma Calaza López, Sonia. *El arbitraje societario. Op. cit.*, p. 210, éste constituye sin duda alguna un problema de «riesgo capital» que, lamentablemente, la

lugar de limitarse genéricamente a reconocer lo que puede calificarse a estas alturas de «Perogrullo», como es la posibilidad genérica de acudir en estos temas a la institución que ahora nos ocupa.[70] Por lo demás, tampoco acaba de entenderse que no puedan las partes inclinarse en esta materia por un arbitraje «*ad-hoc*» con base, precisamente, en el consagrado principio de autonomía de la voluntad, tan propio de la disciplina objeto del presente estudio.[71]

Esperemos y deseemos, por el bien de nuestras sociedades mercantiles y de la necesaria inmediatez, rapidez y calidad que éstas precisan en su día a día, también a la hora de resolver en su seno los siempre incómodos y destructivos conflictos societarios, que aumente, tanto en términos cuantitativos como cualitativamente, el desarrollo del arbitraje societario, cuya indispensable utilización avala su larga tradición histórica y permite, en términos ampliamente satisfactorios, nuestra actual Ley de Arbitraje.

---

reforma que ahora nos ocupa no ha abordado. En sentido idéntico véase también MULLERAT, Ramón María. «El arbitraje español revisitado (un resumen de lo que hizo y de lo que no hizo la Ley de reforma n.° 11/2011, de 20 de mayo de 2011)». *Iuris*, octubre 2011, n.º 164, pp. 10 y ss.

70 Como afirma también en tono crítico PERALES VISCASILLAS, Pilar. «La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario, *Derecho de los Negocios*, diciembre 2010, n.º 243, "no se entiende bien que se restrinja el precepto a la impugnación de acuerdos sociales cuando el arbitraje puede recaer sobre otra serie de cuestiones societarias, como la responsabilidad de los administradores, la determinación del valor razonable o real de las cuotas sociales, etc… Además, precisamente, en materia de impugnación de acuerdos sociales, ¡no existen dudas en torno a su arbitrabilidad!».

71 Así lo entiende acertadamente también HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «La nueva Ley de Arbitraje». *Economist & Jurist*, julio-agosto 2011 (n.º 152), p. 19 o MARCOS FRANCISCO, Diana. «Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de reforma de la Ley Arbitral*, Actualidad Civil*, n.º 17, pp. 1943 y ss. (La Ley n.° 15181/2011), cuando afirma por su parte que «quizás habría sido más conveniente no limitar el arbitraje societario a arbitrajes institucionales». PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario. Op. cit*., también entiende, a su vez, que «no se alcanza a entender la prohibición del arbitraje ad hoc en materia de impugnación de acuerdos sociales, pues que el arbitraje sea ad hoc no implica un detrimento en la seguridad o principio que se predica del arbitraje en general y no depende del tipo de arbitraje».

La exclusión del arbitraje del Reglamento n.°44/2001 y los proyectos de integración*

*Philippe Pinsolle***

Sumario: I. Introducción.— II. El Convenio de Bruselas.— A) Exclusión del Arbitraje del Campo de Aplicación.— III. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su Aplicación.— A. Marc Rich.— B. Van Uden.— C. West Tankers.— D. National Navigation.— IV. Reglamento de Bruselas I.— A. Aplicación Directa y Mantenimiento del Ámbito de Exclusión.— B. El artículo 73 del Reglamento y voces a favor de una modificación.— V. Desarrollo de las propuestas de reforma.— A. El Reporte Heidelberg.— B. El Libro Verde.— 1. Las propuestas.— 2. Críticas y posibles consecuencias para el arbitraje en Europa.— C. La propuesta de la Comisión tras el Reporte sobre el impacto de las medidas.— D. Las tres principales posiciones de hoy en día.— VI. Conclusión.

I. Introducción

Uno de los retos de la integración de la Unión Europea ha sido el facilitar la circulación, al interior de la Unión, de las decisiones judiciales adoptadas en los diferentes Estados miembros. Corolario de ello es la necesidad de regular el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y laudos arbitrales al interior de la misma.

---

* Mientras se editaba esta obra colectiva, apareció el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento y del Consejo relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, publicado en el Boletín Oficial de la UE el 20 de diciembre de 2012. Este reglamento derogará el reglamento n.° 44/2001 e igualmente excluye el arbitraje (art. 1.2) y será de aplicación a partir del 10 de enero de 2015, salvo los artículos 75 y 76 que serán de aplicación a partir del 10 de enero de 2014. Estas circunstancias hacen que esta contribución mantenga vigencia y que sirva como exposición de los antecedentes del nuevo Reglamento (UE) n.º 1215/2012.

** El autor agradece a Ximena Herrera, su asistencia en la preparación del presente artículo.

El artículo 293 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea dispone que los miembros deberán efectuar negociaciones para lograr «la simplificación de las formalidades a que estén sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales».

Con este fin se suscribe, en 1986, el «Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» o «Convenio de Bruselas» («el Convenio de Bruselas» o «el Convenio»),[1] el cual será sustituido en el año 2002 por el «Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», usualmente referido como «Bruselas I», («el Reglamento» o «Bruselas I»).[2]

Como sus nombres lo indican, tanto el Convenio de Bruselas como, su sucesor, el Reglamento, se refieren únicamente a «resoluciones judiciales»; es decir, su ámbito de aplicación no se extiende, en principio, al arbitraje. De hecho, como se verá de manera más detallada en el desarrollo de este artículo, el arbitraje se excluye expresamente de su ámbito de aplicación.

Podría pensarse, entonces, que dada dicha exclusión ninguna materia concerniente al arbitraje quedaría abarcada por el Convenio o por el Reglamento. No obstante, la praxis es bastante más compleja, llevando a la yuxtaposición entre arbitraje y decisiones judiciales que se relacionan con el arbitraje.

Varios escenarios vienen a la mente a este respecto. Por ejemplo ¿qué sucede con decisiones judiciales en apoyo del arbitraje? ¿La decisión de una corte de un Estado miembro ante una solicitud de nombramiento de un árbitro cae bajo el ámbito del Reglamento o por el contrario constituye una materia excluida del mismo?

Asimismo, ¿qué sucede en eventos de procedimientos paralelos? Piénsese en el caso de una parte que busca sustraerse a la jurisdicción del tribunal arbitral, a la cual ha consentido, y acude a una corte local de un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante «corte estatal» o «corte») solicitando que la justicia estatal declare la invalidez del convenio arbitral. La decisión de la corte acogiendo tal petición queda cobijada bajo el ámbito del Reglamento y debe ser reconocida y ejecutada por los

---

1 Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas [DO]* L n.º 299 de 31/12/1972, pp. 32-42.

2 Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO* L n.º 012 de 16/01/2001, pp. 1-23.

otros Estados miembros de la Unión. Supongamos que el tribunal arbitral, frente al cual la parte que desea arbitrar la controversia ha iniciado un procedimiento, dicta un laudo. ¿Cómo se compaginan la decisión judicial y el laudo?

Estos ejemplos sirven de abrebocas para ilustrar la yuxtaposición que se produce en la práctica entre el universo que busca regular Bruselas I y el universo del arbitraje; tema que constituye el objeto de este escrito.

A efectos de esta presentación, se abordará en primer lugar la génesis del Convenio de Bruselas y la consagración de la exclusión del arbitraje como materia sustraída al ámbito del mismo (II), para luego analizar la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[3] («TJ») sobre el alcance de dicha exclusión (III). A continuación, se efectuará una breve referencia a la sustitución del Convenio de Bruselas por el Reglamento n.º 44/2001 (IV), al mandato del artículo 73 de este último y a las primeras voces respecto a su reforma (V). Con este trasfondo, se evaluarán las nuevas propuestas de reforma de la excepción del arbitraje y los peligros que algunas propuestas implican (VI), para luego reseñar el estado actual de la reforma y posiciones adoptadas por la Comisión y el Parlamento Europeo. Finalmente, se acotará una conclusión al respecto (VII).

II. El Convenio de Bruselas

Como se señalaba, en cumplimiento del artículo 293 del Tratado Constitutivo se suscribe en 1986 el Convenio de Bruselas. Tal como lo indica su preámbulo, su objetivo es facilitar el reconocimiento y establecer un procedimiento rápido que garantice la ejecución de resoluciones judiciales.[4] Nada dice el preámbulo sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ya que el arbitraje se excluye del ámbito de aplicación del Convenio, de manera expresa en el artículo 1 (2) (d).

A. Exclusión del arbitraje del campo de aplicación

La exclusión es considerada por algunos[5] como producto de la ampliación, por parte de los redactores, del alcance del Convenio que habría pasado de ser un convenio relativo a la simplificación de formalidades, como inicialmente concebido, a un con-

---

3 Anteriormente, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (el 1 de diciembre de 2009), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cambió su nombre al de Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4 Convenio de Bruselas. *Op. cit. supra* n.º 1, Preámbulo (2).

5 Ver a este respecto Audit, B. «Arbitration and the Bruselles Convention». *Arbitration International [Arb. Intl.]*, 1993, pp. 1-26, en p. 1.

venio referente asimismo a la jurisdicción de las cortes estatales. De allí habría surgido la ineludible necesidad de excluir el arbitraje.

En su informe P. Jenard,[6] relator del comité de expertos encargado de la elaboración del mismo, justifica dicha exclusión en razón de la existencia de numerosos instrumentos internacionales que ya regulaban la materia. Así como, en razón de la elaboración en 1966 por parte del Consejo de Europa de la Convención Europea por la que se establece una Ley Uniforme en materia de Arbitraje,[7] y la probable redacción de un Protocolo a la misma referente al reconocimiento y ejecución de laudos. Cabe anotar que esta Convención sólo ha sido ratificada por Bélgica[8] y que el Protocolo no se materializó.[9]

De conformidad con el Informe Jenard, estarían excluidos del ámbito de aplicación del Convenio el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.[10] Asimismo, estarían excluidas las cuestiones relativas a la competencia de las cortes en procedimientos relativos al arbitraje, tales como la anulación de un laudo, y el reconocimiento de las decisiones judiciales a dicho respecto.[11]

El alcance de la exclusión en materia de arbitraje establecida en el artículo 1(2) (d) del Convenio fue sometido a mayor escrutinio con motivo de la accesión al mismo de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido en 1978. El Informe del relator P. Schlosser pone de presente que en esa oportunidad se evidenciaron dos posiciones encontradas: una bajo la cual la excepción cobijaría toda controversia que las partes

---

6 Ver JENARD, M.P. «Informe sobre el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil». *DO* C n.º 59 de 05/03/1979, pp. 1-65, en p. 13.

7 Consejo de Europa, Convención Europea que contiene una ley uniforme en materia de arbitraje, hecha a Estrasburgo el 20 de enero de 1966. El texto en español está disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf, pp. 68-79. La Convención no ha entrado en vigor.

8 http://conventions.coe.int. Ver, asimismo, GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 145.

9 Consejo de Europa, Proyecto de Protocolo sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbítrales, hecho en Estrasburgo en 1967.

10 De conformidad con el Reporte Jenard dicha posición estaría en conformidad con el artículo 25 del Convenio de Bruselas que define «resolución» como: «*cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado contratante con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso*»; ver asimismo respecto de la base textual de la exclusión HASCHER, D.T. «Recognition and Enforcement of the Arbitration Awards and the Brussels Convention». *Arb. Intl.*, 1996, pp. 233-267, en pp. 233-234.

11 Ver JENARD, P. *Op. cit. supra* n.º 6, p. 13.

hubiesen acordado dirimir mediante arbitraje, incluidas todas las controversias secundarias conexas al arbitraje acordado y una segunda postura conforme a la cual sólo aquellos procedimientos ante las cortes locales referentes a un proceso arbitral concluido, en progreso o a ser iniciado quedarían cobijados por la excepción.[12] Entre los interrogantes planteados por este Informe se halla la suerte de una decisión judicial respecto de una controversia cuando la corte pasa por alto la existencia de un convenio arbitral. ¿Debe esta decisión ser reconocida por los otros Estados miembros? La respuesta es diametralmente opuesta según se asuma la primera o la segunda posición. Bajo la primera, dicha decisión está cobijada por la excepción y, por tanto, no tiene que ser reconocida por otros Estados miembros. Conforme a la segunda, la misma cae bajo la órbita del Convenio y ha de ser reconocida por los mismos.[13]

Por demás, de conformidad con el Informe Schlosser, procedimientos conexos al arbitraje como son, entre otros, los procedimientos accesorios al proceso arbitral tales como el nombramiento y recusación de árbitros, la determinación del lugar del arbitraje, la determinación sobre la validez del acuerdo arbitral, o su invalidez y consiguiente orden de suspender el procedimiento arbitral estarían excluidos. Tampoco estarían cubiertos por el Convenio los procedimientos y decisiones concernientes a la revocatoria, modificación, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales o a las decisiones judiciales, que como en el Reino Unido, incorporan los laudos arbitrales.[14]

No obstante las dos visiones encontradas, el artículo 1 (2) (d) permaneció inmodificado, pues se consideró que los nuevos Estados contratantes podrían manejar estos puntos interpretándolos en su legislación para implementar el Convenio, habida cuenta por demás, de que todos los miembros de la Comunidad salvo Luxemburgo e Irlanda eran parte en la Convención de Nueva York.[15]

La problemática del alcance de la excepción se volvió a plantear en el Reporte elaborado por los relatores Evrigenis y Kerameus con motivo de la accesión de Grecia al Convenio.[16] En el mismo se confirma que la exclusión del arbitraje se justifica dada

---

12 Schlosser, P. «Informe sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia». *DO* C n.º 59 de 05/03/1979, pp. 71-151, en p. 92.

13 *Idem*, pp. 92-93.

14 *Idem*, p. 93.

15 *Idem*, p. 92.

16 Evrigenis, D. y K.D. Kerameus. «Informe sobre el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República de Grecia al Convenio de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil». *DO* C n.º 298, 24/11/1986, pp. 1-27, en p. 10.

la existencia de numerosos instrumentos multilaterales sobre la materia. No obstante, los relatores optan por una visión más circunscrita de la excepción que la expuesta en el Informe Schlosser. En efecto, precisan que aquellos procedimientos judiciales que tuvieran como objeto principal el arbitraje, tales como la ayuda de las cortes para constituir el tribunal arbitral, la anulación o el reconocimiento de la de la validez o errores en el laudo arbitral quedan cobijados por el Convenio. Sin embargo, cuestiones incidentales como la verificación de la validez de un acuerdo arbitral en los casos en que un litigante la plantea como excepción a la jurisdicción de una corte quedarían comprendidas bajo el Convenio.[17]

III. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su aplicación

Como se evidencia en los Reportes señalados en el acápite anterior (ver. Sec. II.A, *supra*) existen diversas visiones sobre los contornos de la excepción. La labor de definirlos ha recaído, por tanto, en el Tribunal de Justicia como órgano competente para interpretar las disposiciones del Convenio de conformidad con el Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación del Tribunal de Justicia del Convenio.[18] A continuación se señalan los principales casos donde el TJ ha analizado el punto.

A. Marc Rich

En 1991, el TJ tuvo que resolver como cuestión preeliminar planteada por la *Court of Appeal* de Londres si la excepción del artículo 1 (2) (d) del Convenio es aplicable a «*un litigio pendiente ante un Tribunal estatal cuyo objeto sea la designación de un árbitro*» y en caso de serlo «*si tal exclusión se aplica asimismo cuando el referido litigio suscite la cuestión previa de la existencia o de la validez de un convenio arbitral*».[19]

La cuestión se suscitó en relación con un litigio pendiente ante la *Court of Appeal*, entre *Marc Rich & Co. AG* («Marc Rich») y *la Sociedad Italiana Impianti PA* («Impianti»), domiciliada en Suiza.[20]

---

17 *Idem*, p. 10.

18 Protocolo relativo a la interpretación del Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil–suscrito en Luxemburgo el 3 de junio de 1971, *DO* L n.º 204, 02/08/1975, pp. 28-31.

19 Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, asunto C-n.º 190/89, *Marc Rich and Co. AG y Società Italiana Impianti PA*, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia [Rec.]* 1991, I-3894.

20 Marc Rich ofertó comprar a Impianti petróleo iraní franco a bordo. Tras la aceptación de Impianti, Marc Rich envió un fax a Impianti precisando los términos del contrato e

El TJ determinó que la exclusión del Convenio era aplicable a aquellos litigios que tienen por objeto la designación de un árbitro. Para el TJ, la tesis de Impianti conforme a la cual la exclusión debía entenderse referida exclusivamente a procedimientos iniciados ante árbitros y no ante instancias judiciales, no era de recibo. El TJ consideró que los informes de los expertos redactores del Convenio establecían que la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del mismo se debió a la existencia de otros convenios que ya regulaban la materia del arbitraje y que, por tanto, la intención de las partes contratantes fue excluir íntegramente toda la materia del Convenio, incluso aquellos procedimientos incoados ante las cortes estatales.[21]

En concepto del TJ, la designación de un árbitro por un órgano judicial estatal «*constituye una medida estatal destinada a aplicar el procedimiento de arbitraje*», por tanto, «*forma parte de la materia de arbitraje*», siéndole aplicable la exclusión del artículo 1 (2) (4).[22]

En lo tocante a la aplicación de la exclusión del Convenio a una cuestión previa relativa a la existencia o a la validez del laudo arbitral, el TJ estimó que «*para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, únicamente debe tenerse en cuenta el objeto de dicho litigio. Si debido a su objeto —por ejemplo la designación de un árbitro— un litigio está excluido del ámbito del Convenio, la existencia de una cuestión previa sobre la que debe pronunciarse el Juez para resolver el litigio no puede justificar la aplicación del Convenio, sea cual sea el contenido de la cuestión*».[23] La solución contraria, atentaría, según el TJ, contra la seguridad jurídica al hacer depen-

---

incluyendo una cláusula de arbitraje, conforme a la cual cualquier diferencia sería sometida a un tribunal arbitral tripartita con sede en Londres. Al recibir la mercancía, Marc Rich alegó que se encontraba deteriorada, ocasionándole perjuicios por $ US 7 millones. Impianti presentó, entonces, una petición ante a la Corte de Génova para que le declararan exento de responsabilidad. Marc Rich opuso ante la Corte de Génova la excepción de arbitraje e inició un procedimiento arbitral en Londres en el que Impianti se negó a participar. Ante ello, Marc Rich solicitó a la *High Court* de Londres la designación de un árbitro de conformidad con el *Arbitration Act* de 1950. La *High Court* autorizó la notificación de la demanda a Impianti en Italia. Acto seguido, Impianti solicitó la anulación de dicha autorización alegando que la verdadera controversia radicaba en determinar si existía o no cláusula arbitral y, por tanto, estaba cobijada bajo el Convenio. Marc Rich, por su parte, sostuvo la exclusión de la controversia del Convenio. La *High Court* dio la razón a Marc Rich. Impianti apeló esta última decisión y la *Court of Appeal* planteó la cuestión al TJ.

21 *Idem*, paras. 13-18.

22 *Idem*, para. 19.

23 *Idem*, para. 26.

der la cuestión de la exclusión de una cuestión previa que las partes pueden plantear en cualquier momento.[24]

Cabe señalar que el TJ determinó la exclusión de la cuestión previa de la existencia o validez del acuerdo arbitral no en abstracto y como cuestión principal sino teniendo la designación del árbitro como objeto principal del litigio.[25]

B. Van Uden

El TJ tuvo que ahondar, en 1998, sobre el alcance de la exclusión en el marco de una petición de medidas cautelares presentada al *Rechtbank te Rotterdam* por parte de *Van Uden Maritime BV*[26] («Van Uden»), una compañía domiciliada en Países Bajos. Van Uden había iniciado un procedimiento arbitral contra de *Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line* («Deco-Line»), una compañía alemana, por el impago de unas facturas por concepto de servicios de transporte marítimo de carga. A fin de asegurar la efectividad de una eventual condena y obtener liquidez, Van Uden solicitó a la corte holandesa una orden provisional de pago.[27]

---

[24] Para análisis sobre el caso ver NOUSSIA, K. «Antisuit Injunctions and Arbitration Proceedings: What Does the Future Hold?». *Journal of International Arbitration [J. Intl. Arb.]*, 2009, pp. 311-336, en pp. 314-316; HASCHER, D.T. «Recognition and Enforcement of Judgements on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention». *Arb. Intl.*, 1997, pp. 33-62, en pp. 34-37. Véase igualmente a efectos de una discusión sobre las posiciones adoptadas por los gobiernos de Francia, Alemania y Gran Bretaña respecto de la exclusión de procedimientos de arbitraje o accesorios a los mismos del Convenio, así como a las Opiniones de P. Schlosser y M. Jenard respecto de la inclusión bajo el Convenio de la cuestión relativa a la existencia del convenio arbitral en este caso. KAYE, P. «The ECC and Arbitration: the Unsettled Wake of *The Atlantic Emperor*». *Arb. Intl.*, 1993, pp. 27-55, en pp. 31-42.

[25] Ver a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-n.º 190/89. *Op. cit. supra* n.º 19, paras. 28-29.

[26] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV, que gira bajo el nombre comercial de Van Uden Africa Line contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, *Rec.* 1998, I-07091.

[27] Ante el impago de ciertas facturas por parte de Deco-Line, Van Uden inició un arbitraje en Países Bajos y solicitó al *Rechtbank te Rotterdam* ciertas medidas provisionales. Deco-Line se opuso argumentando que, en razón de su domicilio en Alemania, el juez neerlandés era incompetente para dictarlas. El *Rechtbank te Rotterdam* otorgó las medidas considerando que las mismas constituían una medida cautelar acorde al artículo 24 del Convenio y que el hecho de que las partes hubiesen pactado un convenio arbitral en nada le impedía dictarlas. De esta forma, condenó a Deco-Line al pago de cerca de 400,000 DM más intereses legales. La decisión fue anulada por el *Gerechtshof te 's-Gravenhage* en apelación. Interpuesto el recurso de casación contra esta última decisión, el *Hoge Raad der Nederlanden* planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

Habiendo llegado la cuestión a casación, el *Hoge Raad der Nederlanden* planteó al TJ, como cuestión prejudicial, la incidencia de un convenio arbitral en la competencia del órgano jurisdiccional nacional para dictar medidas provisionales.

La posición de los Gobiernos de Alemania y del Reino Unido era que las medidas se encontraban excluidas del ámbito de aplicación del arbitraje. El primero por estimar que las mismas estaban intrínsecamente vinculadas al objeto del procedimiento arbitral y el segundo en razón de que las medidas provisionales en el caso *sub-exámine* formaban parte de la aplicación del procedimiento arbitral.

Por el contrario, la Comisión consideró que el objeto de la medida provisional «*no se refiere al arbitraje como materia, sino a la salvaguardia de derechos de naturaleza muy variada*» y que, por tanto, «[*s*]*u inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio no viene determinada por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan*».[28]

El TJ encontró que, existiendo un convenio arbitral, las cortes estatales no son competentes, por sustracción de materia, para dictar medidas provisionales sobre la base de las reglas especiales de competencia del Convenio relativas a materia contractual (artículo 5 (1)). No obstante, el Convenio si resulta aplicable «*en la medida en que el objeto de la demanda de medidas provisionales se refiere a una cuestión comprendida dentro de su ámbito de aplicación material y su artículo 24 puede fundamentar la competencia del juez de medidas provisionales incluso si ya se ha iniciado o puede iniciarse un procedimiento sobre el fondo, y aunque dicho procedimiento deba desarrollarse ante árbitros*».[29]

Con este razonamiento el TJ trazó una distinción entre medidas provisionales accesorias al proceso arbitral, cobijadas por la exclusión, y medidas provisionales paralelas a un procedimiento arbitral ya existente, cuyo objeto es asegurar derechos contractuales tales como el pago de ciertos montos como en el presente caso.[30]

---

[28] *Idem*, para. 33.

[29] *Idem*, para. 3 sección declarativa; para comentarios sobre la decisión del Tribunal de Justicia en el caso *Van Uden* ver Pullen, A. «The Future of International Arbitration in Europe, West Tankers and the EU Green Paper». *International Arbitration Law Review [Intl. Arb. Law Rev.]*, 2009, pp. 56-61, p. 57.
El artículo 24 del Convenio preveía: «*Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la Ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo*».

[30] Ver a este respecto, Illmer, M. «Brussels I and Arbitration Revisited – the European Commission's Proposal COM (2010) 748 final», Max Planck Private Law Research Paper n.º 11/6, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht [RabelsZ]*, 2011, pp. 645-670.

C. West Tankers

Quizá una de las decisiones más controversiales[31] en la materia ha sido la proferida por el TJ en el caso de *Allianz SpA* («Allianz») *y otros* contra *West Tankers Inc.* («West Tankers»).[32] En este caso, la controversia se suscitó entre West Tankers, y la aseguradora Allianz, en relación con la ocurrencia de un siniestro. La aseguradora, subrogándose en los derechos del asegurado, demandó ante las cortes italianas a West Tankers. West Tankers objetó ante la *High Court* de Londres la jurisdicción de las cortes italianas en razón de la existencia de un convenio arbitral entre West Tankers y el asegurado, bajo la póliza emitida por Allianz, y solicitó una *anti-suit injunction*.[33]

En esta ocasión, la *House of Lords*, actuando como instancia de apelación, planteó al TJ la cuestión de determinar si las *anti-suit injunctions*, acciones conminatorias que imponen una prohibición de iniciar o proseguir una acción ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro por considerar que dichos procedimientos

---

[31] Para un análisis de la decisión del TJ en el caso West Tankers y comentarios al respecto ver, entre otros, KESSEDJIAN, C. «Arbitrage et droit européen: une désunion irrémédiable?». *Recueil Dalloz-Sirey [D.S.]*, 2009, pp. 981-985, en pp. 983-984; LOQUIN, E. «De l'irrésistible et regrettable empiètement du droit européen sur le droit de l'arbitrage international; Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 10 février 2009, Allianz Spa contre West Tanker, affaire C-185/07». *Revue Trimestrielle de Droit Commercial [Rev. trim. dr. com.]*, 2010, pp. 529-535; BELOHLÁVEK, A. «West Tankers as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and the New York Convention 1958», *ASA Bulletin [ASA Bull.]*, 2009, pp. 646-670, en pp. 666-669; NOUSSIA, K. *Op. cit. supra* n.º 24, en pp. 333-335; GRIERSON, J. «Comment on West Tankers Inc. vs. RAS Riunione Adriatica di Sicurta S.p.A (The Front Comor)». *J. Intl. Arb.*, 2009, pp. 891-901; ILLMER, M.I. NAUMANN. «Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Agreements under the Brussels Regulation. A Comment on the Advocate General's Opinion in the West Tankers Reference by the House of Lords (Case C-185/07)», *ASA Bull.*, 2008, pp. 820-825; MOURRE, A. y A. VAGENHEIM. «A propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n.º 44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers de la CJCE». *La Gazette du Palais [Gaz. Pal.]*, 2009, pp. 2328-2336.

[32] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, *Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA y West Tankers Inc.*, *Rec.* 2009, I-00663.

[33] *Idem*, paras. 1-19. En el 2000 el buque *Front Comor* de propiedad de West Tankers fletado por Erg Petroli SpA («Erg») colisionó contra un embarcadero, propiedad de Erg. El contrato de fletamento suscrito entre Erg y West Tankers estaba sujeto al Derecho inglés y contenía una cláusula de arbitraje. Erg obtuvo de su aseguradora, Allianz, un pago parcial por los daños e inició un arbitraje en Londres contra West Tankers para obtener el remanente. Allianz interpuso, subrogándose en los derechos de Erg, una demanda contra West Tankers ante la corte de Siracusa, Italia, para recuperar las sumas pagadas a Erg. De manera paralela, West Tankers inició una acción ante la *High Court* solicitando que se declarara que el litigio entre West Tankers y Allianz debía someterse a arbitraje y que se dictara una *anti-suit injunction*. La *High Court* acogió sus pretensiones. Allianz apeló dicha decisión ante la *House of Lords*.

son contrarios a un convenio arbitral, eran o no compatibles con el Reglamento, pese a este excluir en su artículo 1 (2) (d) el arbitraje de su ámbito de aplicación.

West Tankers y el Gobierno de Reino Unido sostuvieron que, a efectos de determinar si un litigo debe o no estar comprendido dentro del ámbito del Reglamento, debe mirarse únicamente al objeto del mismo, de conformidad con la decisión en el caso *Marc Rich*. Posición esta que estaría confirmada por la decisión *Van Uden* conforme a la cual el alcance del Reglamento se determina según la naturaleza del derecho que se busca salvaguardar, en este caso el derecho a someter la controversia a arbitraje.[34]

No obstante, el TJ consideró que, incluso si un procedimiento no está comprendido bajo el Reglamento, este podría «*tener consecuencias contrarias a su efecto útil, es decir, impidiendo que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones en la misma materia*».[35]

Por tanto, el TJ procedió a examinar si el Reglamento cobijaba el procedimiento incoado ante la corte de Siracusa (Italia) y determinó que el mismo se hallaba bajo el alcance del Reglamento, dada la naturaleza de los derechos a salvaguardarse: indemnización por daños y perjuicios. Apoyándose en el Reporte Evrigenis/Kerameus, que resalta «*como propio del Convenio el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje*» en base al cual una de las partes cuestiona la competencia de la corte, el TJ concluyó que la excepción de arbitraje propuesta por West Tankers constituía, asimismo, una cuestión cobijada por el Reglamento, correspondiendo de manera exclusiva al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre ella y sobre su propia competencia.[36]

Es decir, en palabras de la Abogado General, Sra. J. Kokott, cuya recomendación acogió el TJ en esta cuestión: «*lo decisivo no es si el procedimiento que tiene por objeto que se dicte una anti-suit injunction —esto es, en el caso de autos, el procedimiento ante los tribunales ingleses— está comprendido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, sino si lo está el procedimiento contra el que se dirige la orden conminatoria, esto es, en el presente asunto, el procedimiento ante el tribunal de Siracusa*».[37]

---

34 *Idem*, paras. 21-22.

35 *Idem*, para. 24.

36 *Idem*, paras. 26-27.

37 Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 4 de septiembre de 2008, asunto C-185/07, *Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA y West Tankers Inc.*, *Rec.* 2009, I-00663.

Por demás, en opinión del TJ, aceptar la *anti-suit injuction* implicaría que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro determine la competencia de otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro[38] e impediría a la corte de Siracusa, como órgano jurisdiccional de un Estado miembro, ejercer las facultades que se le reconocen bajo el Reglamento para determinar el ámbito de aplicación del mismo.[39]

El TJ acotó, igualmente, que de impedirse a la corte de Siracusa determinar la validez del convenio arbitral, cualquier parte podría sustraerse, sin más, al procedimiento jurisdiccional, con lo que se privaría a la parte que alega la nulidad o invalidez del convenio el acceso a un órgano judicial estatal y a la tutela del mismo. En opinión, del TJ tal conclusión encontraría apoyo en el artículo II (3) de la Convención de Nueva York,[40] en cuanto dispone que las cortes de un Estado contratante deben remitir las partes a arbitraje cuando medie un convenio arbitral a menos que se compruebe que el mismo es nulo o ineficaz.[41]

Por último, dictaminó que la adopción por un Estado miembro de una *anti-suit injunction*, a fin de impedir o hacer cesar un procedimiento jurisdiccional en un Estado, en razón de que el mismo sería contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento.

No está de más subrayar las consecuencias negativas para el arbitraje de la decisión del TJ al permitir la paralización de procesos arbitrales mediante acciones ante las cortes locales de partes que cuestionan el convenio arbitral, con el fin de sustraerse al mismo (denominadas a raíz de este caso «torpedos italianos»). Asimismo, la mella que hace al efecto negativo del principio de competencia-competencia y la tergiversación del sentido del artículo II (3) de la Convención de Nueva York. Vale decir, las cortes locales en lugar de remitir a las partes a arbitraje cuando media un convenio arbitral y realizar un examen *prima facie* de la existencia de dicho convenio, cual es el sentido del artículo II (3), adquieren plena competencia para examinar el convenio a

---

38 Ver a este respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2004, asunto C-159/02, *Gregory Paul Turner y Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd, Changepoint SA*, *Rec.* 2004, I-03565. (En este caso, el TJ determinó que, salvo las excepciones señaladas en el artículo 28(1) del Convenio, un órgano jurisdiccional no puede controlar la competencia de un juez de otro Estado Contratante y que las *anti-suit injunctions* suponían la injerencia de un Estado contratante en la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, en detrimento del efecto útil del Convenio).

39 Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-185/07. *Op. cit. supra* n.º 32, paras. 28-30.

40 El artículo II (3) de la Convención de Nueva York dispone: «*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*».

41 Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-185/07. *Op. cit. supra* n.º 32, paras. 31-32.

fondo y determinar la existencia y validez del mismo. Así, sus decisiones al respecto, como cuestiones comprendidas bajo el ámbito del Reglamento, deben ser reconocidas por los otros Estados Miembros.[42]

D. National Navigation

El siguiente caso es de interés en cuanto ilustra la aplicación divergente por parte de las cortes inglesas de la decisión del TJ en *West Tankers* y sus ramificaciones.

La *High Court* de Londres en un caso que enfrentaba a *National Navigation Co* («National Navigation»), empresa inglesa, y a *Endesa Generación, S.A.* («Endesa»),[43] compañía española, tuvo que decidir sobre la solicitud presentada por National Navigation para obtener una declaración sobre la existencia del convenio arbitral y conceder una *anti-suit injunction* tendiente a evitar el inicio de procedimientos judiciales por parte de Endesa ante la Corte de Almería, España. De igual forma, tuvo que decidir si estaba obligada a reconocer, de conformidad con el Reglamento, la decisión de la Corte de Almería que consideraba inexistente el convenio arbitral entre National Navigation y Endesa.

---

[42] En abril de 2011, la *High Court* confirmó la decisión de la Magistrada Simon de 15 de noviembre de 2010 concediendo la ejecución del laudo proferido por el Tribunal Arbitral el 12 de noviembre 2008 a favor de West Tankers. La orden, dictada conforme a la Sección 66 del *English Arbitration Act*, señala que su ejecución permite a West Tankers establecer la primacía del laudo sobre una decisión eventual contraria de las cortes italianas (la corte de Siracusa aún no había proferido su decisión), ver *West Tankers Inc vs. Allianz Spa and another (the* «*Front Comor*»*)* [2011] EWHC 829 (Comm), [2011] 2 Lloyd's Rep. 117.
Ver, en sentido similar, *Sovarex SA vs. Romero Álvarez SA* [2011] EWHC 1661 (Comm), [2011] Lloyd's Rep. Plus 66. (En este caso, la *Commercial Court* permitió a Sovarex ejecutar el laudo arbitral contra Romero Álvarez SA, pese al litigio pendiente ante las cortes españolas. El juez sostuvo que la ejecución de laudos no puede ser descarrilada por procedimientos paralelos bajo el Reglamento. Sovarex podía establecer la primacía del laudo ante un eventual fallo de la corte española convirtiéndolo, en aplicación de la Sección 66 del *English Arbitration Act*, en una decisión judicial).

[43] *National Navigation Co, vs. Endesa Generación SA (the Wadi Sudr)*, [2009] EWHC 196 (Comm), [2009] 1 Lloyd's Rep. 666 (Endesa concluyó con Carboex un contrato de suministro de carbón. Conforme al contrato marco de suministro, Endesa adquirió 64.000 toneladas del mineral que debían ser transportadas a España por un navío de propiedad de National Navigation. El buque no pudo llegar a puerto. Endesa acudió, entonces, a la corte de Almería, adujo que se había visto obligada a adquirir una segunda carga e incurrir en costos significativos, solicitó su reembolso a National Navigation y el embargo del navío. Por su parte National Navigation había ya incoado una acción ante la jurisdicción inglesa a fin de que dictara una decisión declarativa respecto de la existencia del convenio arbitral y evitar así que Endesa lo desconociera. En relación con el procedimiento ante la Corte de Almería, National Navigation opuso la existencia del convenio arbitral en el conocimiento de embarque).

La Magistrada Ponente Gloster, negó a la luz de la decisión del TJ en *West Tankers* la *anti-suit injunction.*[44] No obstante, estimó que la acción declaratoria incoada ante la *High Court* tenía como objeto proteger el derecho de las partes a arbitrar y, por tanto, de conformidad —con su interpretación— del fallo en *West Tankers*, quedaba excluida del Reglamento.[45]

Asimismo, la *High Court* consideró que si bien la decisión de la Corte de Almería, negando la existencia del convenio arbitral, quedaba cobijada bajo el Reglamento y debía por ello ser reconocida en Inglaterra, ello no implicaba, conforme a su lectura de *West Tankers*, que un Estado miembro tuviera que reconocerla, en virtud del artículo 33 (1)[46] del Reglamento, cuando se traía a colación en relación a procedimientos excluidos del Reglamento, como lo era el procedimiento declaratorio *sub-exánime*.[47]

Por último, estimó que conceder la acción declaratoria sobre la existencia de un convenio arbitral no desconocía la facultad de la Corte de Almería de determinar su propia competencia ya que esta continuaba en capacidad de ejercer su jurisdicción en los procedimientos en España de conformidad con el artículo 5 (1) del Reglamento.[48]

Tras concluir con la línea de argumentación precedente, la *High Court* acota que reconocer una decisión judicial que desconoce un convenio arbitral sería contrario al orden público inglés.[49]

La decisión fue revocada en apelación por la *Court of Appeal*, que ciñéndose —a su entendimiento— a la decisión del TJ en el caso *West Tankers*, consideró que la aplicación del Reglamento dependía de la «*naturaleza esencial de la controversia de fondo*», no debiendo la *High Court* definir la naturaleza del procedimiento en referencia a las cuestiones individuales que se desprenden de ella. Si bien la decisión de la Corte de Almería trataba de hacer valer en un procedimiento arbitral, procedimiento excluido del Reglamento, ello no implicaba que dicha decisión cobijada por el Reglamento pudiera ser ignorada por la *High Court*. La decisión de la corte española era vinculante en el procedimiento arbitral como lo sería en cualquier otro procedimiento

---

44 *Idem*, para. 73.

45 *Idem*, paras. 91-97.

46 El artículo 33(1) del Reglamento Bruselas I dispone «*Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno*».

47 *National Navigation Co. vs. Endesa Generación S.*A. *Op. cit. supra* n.º 43, paras. 91-95.

48 *Idem*, paras. 96-98.

49 *Idem*, para. 101. Ver para un análisis crítico de la decisión MOURRE, A. y A. VAGENHEIM. *Op. cit. supra* n.º 2332, p. 24; SERAGLINI, C. «Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités». *Gaz. Pal.*, 2009, p. 5.

ante las cortes inglesas. No siendo, de recibo, por demás, el argumento relativo al orden público inglés.[50]

IV. Reglamento de Bruselas I

A. Aplicación directa y mantenimiento del ámbito de exclusión

Tal como se ha señalado en la introducción a esta contribución (ver, Sec. II, *supra*), el Reglamento n.º 44/2001, sustituyó al Convenio de Bruselas,[51] entrando en vigor el 1 de marzo de 2002. En sus considerandos, el Consejo de la Unión Europea expresa como objetivo del mismo unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil y simplificar los trámites de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales de los Estados miembros de la Europa comunitaria.[52] Asimismo, estima que tal labor no puede ser lograda por los Estados solos sino por la Comunidad.[53] A este último respecto, cabe recordar que los Reglamentos del Consejo Europeo son de aplicación directa y obligatoria en los Estados miembros.[54]

En lo que se refiere al arbitraje, el Reglamento mantiene inmodificada la exclusión de su ámbito en el artículo 1(2)(d), tal como preveía el Convenio.

B. El artículo 73 del Reglamento y Voces a Favor de una Modificación

En su artículo 73, el Reglamento dispone que la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación del mismo dentro de los cinco años siguientes a su entrada en vigor.

No habiendo transcurrido los cinco años, ciertos autores comenzaron a cuestionar la conveniencia de excluir el arbitraje de Bruselas I e incluso a propugnar por la reforma del Reglamento.[55] Entre ellos se cuenta H. Van Houtte, quien abogaba por

---

50 *National Navigation Co. vs. Endesa Generación SA (the Wadi Sudr)*, [2009] EWCA Civ 1397 [2010] 1 Lloyd's Rep 193, paras. 83-105.

51 Ver Reglamento (CE) n.º 44/2001. *Op. cit. supra* n.º 2, artículo 68.

52 *Idem*, considerando 2.

53 *Idem*, considerando 4.

54 *Idem*, artículo 76.

55 Ver a este respecto Van Houtte, H. «Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?». *Arb. Intl.*, 2005, pp. 509-521, en pp. 512-521 (Van Houtte propone cuatro puntos esenciales: (i) eliminación de la excepción en el artículo 1(4)(d), (ii) inclusión de una cláusula estableciendo la jurisdicción exclusiva de las cortes de la sede del arbitraje; (iii) la inclusión de una cláusula de «verdadera excepción de arbitraje», conforme a la cual, de existir un acuerdo arbitral escrito o evidenciable por medios escritos, las cortes de los Estados miembros carecerían

la supresión de la excepción a fin de que el Reglamento cobijara al arbitraje. En soporte de la eliminación de la excepción, traía a colación la problemática de decisiones paralelas, y muchas veces encontradas, de las cortes estatales y los tribunales arbitrales, así como la alegada insuficiencia de la Convención de Nueva York para asegurar la ejecución de los laudos e incluso, si se quiere, la laxitud de la misma permitiendo el reconocimiento y ejecución de los laudos anulados en la sede.

Lejos de compartir esta opinión, varios abogados practicantes y autores pusieron de presente los riesgos que acarrearía suprimir la excepción de arbitraje del Reglamento, entre ellos el atentado al principio de negativo de competencia-competencia y conflictos de litis pendencia que supondría bajo el Reglamento la inclusión del arbitraje.[56] Otras propuestas, propugnaban fortalecer la excepción de arbitraje e incluir una disposición que estableciera que las cortes de un Estado miembro no estén obligadas a reconocer una decisión judicial dictada por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro si la misma desconoce la existencia de un acuerdo arbitral.[57]

V. Desarrollo de las Propuestas de Reforma

A. El Reporte Heidelberg

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento, la Comisión Europea encargó en fecha 16 de julio de 2005 la elaboración de un informe sobre la aplicación hecha del Reglamento por los Estados miembros de la Unión Europea, así como de posibles propuestas para su mejoramiento. El Informe fue elaborado por los Profesores Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer y Peter Schlosser de las Universidades de Heidelberg y Munich, sobre la base de los informes de 24 países miembros resultan-

---

de jurisdicción sobre la controversia, hasta tanto el tribunal arbitral o la corte de la sede haya decidido que no existe acuerdo arbitral y (iv) la adición al artículo 33 del Reglamento de una quinta causal para denegar el reconocimiento de una decisión judicial irreconciliable con un laudo vinculante, dictado en otro Estado miembro, y que no haya sido anulado o suspendido por la corte de un Estado miembro. Siempre y cuando la decisión judicial involucre las mismas partes y causa y que el laudo cumpla con los requisitos para su reconocimiento en el Estado miembro en cuestión); ver asimismo VEEDER, V.V. «Another Look at the Arbitration Exceptions in the Brussels Regulation and Lugano Convention», *ASA Bull.*, 2006, pp. 803-809.

56 MOURRE, A. «Should Arbitration Be Excluded from the Scope of Application of Regulation n.º 44/2001?». *ASA Bull.*, 2006, pp. 800-802, en pp. 801-802. Ver, asimismo, VAN HOUTTE, H. *Op. cit. supra* n.º 55, pp. 512-516; VEEDER, V.V. *Op. cit. supra* n.º 55, p. 808.

57 AMBROSE, C. «Arbitration and Free Movement of Judgements». *Arb. Intl.*, 2003, pp. 3-26, en p. 26.

tes de compilar las respuestas proporcionadas por abogados, académicos y hombres de negocios a cuestionarios al respecto.[58]

En lo relativo a la exclusión del arbitraje de la materia regulada por el Reglamento, el Informe reconoce que «*en el estudio presente, la mayoría de los relatores nacionales adoptan una posición crítica respecto de la posible extensión del Reglamento al arbitraje y mediación*».[59] De igual forma, señala que la mayoría de los entrevistados consideran la extensión innecesaria habida cuenta del buen funcionamiento de la Convención de Nueva York. En particular, el Informe señala la particular reticencia en Inglaterra, Francia y Alemania a efectuar tal inclusión.[60]

Tras reiterar que es predominante la tendencia a no suprimir la excepción de arbitraje, los autores acotan que no es posible disimular los problemas en torno a la misma. Fundados en ello proceden a señalar los principales cuatro puntos que estiman problemáticos en la aplicación del Reglamento y sus propuestas de solución, a saber:

(i) *Respecto del cumplimiento de los convenios arbitrales*, consideran que las decisiones en juicios declarativos sobre la validez de los mismos son tratadas de manera inconsistente en los diversos Estados (caracterizadas en algunos Estados como decisiones judiciales que deben ser reconocidas bajo el artículo 32 y siguientes[61] del Reglamento y en otros Estados como exceptuados bajo el artículo 1 (2) (d)). Proponen como solución la supresión del artículo 1 (2) (d). En lo relativo a las *anti-suit injunctions*, encaminadas a asegurar el respeto del convenio arbitral, admiten que la supresión del artículo 2 (1) (d) tendría un impacto en las mismas,[62] pero estiman que el problema podría sortearse mediante un mecanismo que obligue a suspender los procedimientos judiciales hasta tanto las cortes de la sede del arbitraje no pronuncien una decisión declarativa sobre el efecto vinculante del convenio arbitral en cuestión.[63]

---

58 Ver Hess, B., T. Pfeiffer, P. Schlosser. «Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States» (Informe Heidelberg). Study JLS/C4/2005/3. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Versión Final de septiembre del 2007; ver sobre el Reporte Schlosser, P. «Europe - Is It Time To Reconsider The Arbitration Exception From the Brussels Regulation?». *Intl. Arb. Law Rev.*, 2009, pp. 45-48.

59 Hess, B., T. Pfeiffer y P. Schlosser. *Op. cit. supra* n.º 58, para. 109 (traducción del autor).

60 *Idem*, paras. 110-114.

61 Ver Reglamento (CE) n.º 44/2001. *Op. cit. supra* n.º 2, normas relativas al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (artículos 32-37).

62 A la fecha del Informe la decisión del TJ se encontraba pendiente, los autores del Informe Heidelberg reconocen que se debe esperar para evaluar este punto dicha decisión, Hess, B., T. Pfeiffer y P. Schlosser. *Op. cit. supra* n.º 58, para. 122.

63 *Idem*, paras. 122-123.

(ii) *Sobre las medidas de apoyo al arbitraje* (designación de árbitros, medidas provisionales, obtención de pruebas), la propuesta consiste en incluirlas el ámbito del Reglamento vía la supresión del artículo 2 (1) (d), y establecer un nuevo artículo que asigne competencia exclusiva a la cortes del Estado miembro sede del arbitraje para conocer de ellas,[64] así como un criterio uniforme para establecer la sede de no preverla el convenio arbitral.[65]

(iii) *Sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales cuya práctica en los Estados miembros estiman inconsistente*, en particular en lo relativo a decisiones judiciales dictadas en violación de un convenio arbitral. A estos efectos, el Reporte opta por establecer una regla de *litis* pendencia,[66] conforme a la cual la corte de un Estado miembro que conozca de la validez de un convenio arbitral, deberá suspender el procedimientos si ante la corte del Estado sede del arbitraje se incoa una acción para que declare la existencia, validez o eficacia del laudo.[67]

(iv) *Sobre conflictos entre decisiones judiciales y laudos*, en particular el determinar si la presencia de un convenio arbitral o la existencia de procedimientos arbitrales en curso impiden el inicio de procedimientos judiciales paralelos en otro Estado miembro, consideran los autores que si bien este punto está en principio regulado por el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, algunos Estados miembros estiman que las decisiones que confirman los laudos caen bajo el Reglamento, mientras otros las consideran exceptuadas.

El Reporte ha merecido numerosas críticas debido a que desconoce la casi unánime voluntad de los Estados miembros de no suprimir el artículo 1(2)(d), resulta retardatario e impráctico.[68]

---

64 Cabe anotar que el Informe Heidelberg rechaza la inclusión de la llamada cláusula de «verdadera excepción de jurisdicción» (ver pie de página 55, *supra*), estimado, entre otras, que la misma «supondría la llamada competencia-competencia del tribunal arbitral (que sería exclusivamente competente para decidir sobre la validez del convenio arbitral)».

65 En lo esencial la sede será determinada por acuerdo de las partes o por el tribunal arbitral o en su defecto será competente la corte que fuese competente bajo el Reglamento de no mediar convenio arbitral, ver HESS, B., T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER. *Op. cit. supra* n.º 58, paras. 131-136.

66 El Reporte rechaza la inclusión de una nueva causal de denegación de reconocimiento propuesta por Van Houtte como solución a este punto (ver pie de página 55, *supra*).

67 *Idem*, paras. 127-130.

68 Ver las Observaciones del Grupo de Trabajo de la ICC- Francia sobre el Informe relativo a la aplicación del Reglamento de Bruselas I en los estados miembros de 22 de mayo de 2008, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, pp. 20-25; MCLACHLAN, C.C. «Lis Pendens in International Litigation». *Recueil des Cours [RdC]*, 2008, pp. 199-553, en pp. 374-375. Ver, asimismo, LAZAREFF, S. «Et ça continue! Arbitre, entends-tu le vol noir de Bruxelles sur la plaine?». *Gaz. Pal.*, 2008,

B. El Libro Verde

Basándose en el Informe Heidelberg, la Comisión Europea entregó, el 21 de abril de 2009, al Consejo su Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 44/2001,[69] junto con el Libro Verde que lo acompaña.[70]

El Libro Verde reconoce la satisfacción expresada en los Estados miembros con el funcionamiento de la Convención de Nueva York, pero estima que ello no es óbice para «*abordar determinados aspectos específicos del Reglamento relativos al arbitraje, no con vistas a regular esta figura, sino sobretodo, para asegurar que las resoluciones puedan circular fluidamente en Europa y para impedir los procedimientos paralelos*».[71]

1. Las propuestas

En consecuencia, acoge la propuesta de supresión del artículo 1 (2) (d), en contravía de las opiniones proporcionadas por un enorme número de juristas,[72] y propone, asimismo, la adopción de las siguientes medidas:

(i) Otorgar competencia exclusiva a las cortes del Estado miembro del lugar del arbitraje para conocer de los procedimientos de apoyo al arbitraje.

---

pp. 3-4, y la respuesta a dicho artículo en Schlosser, P., B. Hess y T. Pfeiffer. «Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de 'Brussel I' à l'arbitrage – une réponse à l'éditorial de Serge Lazareff». *Gaz. Pal.*, 2008, pp. 26-27.

69 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM (2009) 174 final), 21 de abril de 2009.

70 Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM (2009) 174 final), 21 de abril de 2009.

71 *Idem*, p. 9.

72 Ver Comentarios sometidos a la Comisión Europea por el Comité Francés del Arbitraje (CFA) (15 de junio de 2009), *consultar* http://ec.europa.eu; del Comité del Arbitraje de la *International Bar Association* (IBA) (16 de junio de 2009), *consultar* http://www.ibanet.org; del Comité Francés de la CCI (17 de junio de 2009), *Transnational Dispute Management [TDM]*, 2009; Comentarios de la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán (CAM) (23 de junio de 2009), *consultar* http://ec.europa.eu/justice; Comentarios de la Asociación para el Arbitraje Internacional (AISBL-IVZW) (25 de junio de 2009), *consultar* http://ec.europa.eu/justice; Comentarios de Emmanuel Gaillard, (29 de junio de 2009), *consultar* http://ec.europa.eu/justice. Para una respuesta a las Observaciones del Grupo de Trabajo de la ICC Francés ver Hess, B., T. Pfeiffer y P. Schlosser. «Brussels I Regulation and Arbitration. The Findings and Proposals of Heidelberg Report – A Reply to the ICC French Working Group». *TDM*, 2009. Ver, asimismo, Mourre, A., A. Vagenheim. *Op. cit. supra* n.º 31.

(ii) Introducir un criterio uniforme para determinar el lugar del arbitraje.

iii) Permitir el reconocimiento de decisiones judiciales sobre la validez del convenio arbitral.

iv) Asegurar el reconocimiento de las decisiones judiciales anulatorias de laudos.

v) Otorgar prioridad a las cortes del Estado miembro donde tiene lugar el arbitraje para decidir sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral.

vi) Introducir una regla de conflicto uniforme respecto de la validez de los convenios arbitrales, estableciendo, por ejemplo, la conexión con la Ley del Estado sede del arbitraje.

vii) Otorgar «*al Estado miembro en que se dictó una sentencia arbitral competencia exclusiva para certificar su fuerza ejecutiva y su equidad procesal, permitiendo así la libre circulación de la sentencia en la Comunidad*».[73]

2. Críticas y posibles consecuencias para el arbitraje en Europa

Las propuestas contempladas en el Libro Verde pecan, tanto por los errores conceptuales de sus premisas, como por ignorar las consecuencias prácticas nefastas que se derivarían de ellas para el arbitraje.

Desde un punto de vista conceptual, asumen que una parte necesita obtener una especie de «autorización» de las cortes de la sede del arbitraje para poder comenzar un arbitraje.[74] Esta idea errada se relaciona directamente con la propuesta de «*otorgar prioridad a los órganos judiciales del Estado miembro en que tenga lugar el arbitraje cuando se vaya a decidir sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral*».[75]

Las consecuencias negativas de tal propuesta se ilustran en el siguiente supuesto: las partes A y B celebran un convenio arbitral conforme al cual la sede del arbitraje será París. La parte A trata de sustraerse al convenio arbitral e incoa una acción ante las cortes de su domicilio, en un Estado miembro de la Unión Europea, cuya legislación es poco favorable al arbitraje, a fin de que la corte dictamine que el convenio es inválido. La decisión de la corte declarando la invalidez del convenio deberá ser reconocida de manera inmediata por los otros Estados Miembros, sin necesidad de *exequátur*. La parte B verá entonces bloqueado el procedimiento arbitral y sus posibi-

---

73 Libro Verde (COM (2009) 174 final). *Op. cit. supra* n.º 70, p. 10.

74 Ver *Comentarios del Comité Francés de la CCI*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 1; *Comentarios Emmanuel Gaillard*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 1.

75 *Idem*, p. 10.

lidades de ejecutar un eventual laudo. Ante esta perspectiva, la única opción posible para ella es instaurar un procedimiento ante las cortes de la sede del arbitraje a fin de que emitan un juicio declarativo sobre la validez del laudo (si dicha acción es posible en el Estado de la sede, no siendo el caso en todos los Estados miembros). Es fácil imaginar la demora que implica lo anterior para iniciar un arbitraje si la parte necesita esperar hasta obtener una decisión final (es decir, agotados los recursos y apelaciones).[76]

Esta propuesta implica, por demás la negación del principio de competencia-competencia, conforme al cual compete a los árbitros mismos pronunciarse sobre su propia competencia, al ser —según ésta— competencia prioritaria de la corte de las sede pronunciarse sobre el convenio arbitral.[77]

Asimismo, conlleva a una involución de casi 90 años en la concepción del arbitraje, cuándo el mismo era regido por el Derecho de la sede, el acuerdo arbitral se encontraba sujeto al escrutinio por los jueces y los árbitros eran considerados simples sustitutos privados de los mismos.[78] La propuesta del Libro Verde desconoce los avances alcanzados en la materia. En particular, precluye el efecto negativo del principio competencia-competencia y equivale a reintroducir la figura del «doble-exequátur». Conforme a esta figura del «doble-exequátur», suprimida por la Convención de Nueva York, se requería el exequátur de las cortes en la sede del arbitraje además del exequátur del lugar de ejecución. En efecto, con la nueva propuesta el procedimiento de exequátur de un laudo puede verse suspendido mientras la corte de la sede se pronuncia sobre la validez del convenio arbitral.[79]

Desde un punto de vista práctico, la propuesta presenta múltiples inconvenientes:

Es bien sabido que la legislación en materia de arbitraje no es uniforme dentro de la Unión Europea. Existen diferencias entre los Estados miembros respecto de

---

76 Ver al respecto Pinsolle, P. «The Proposed Reform of Regulation n.º 44/2001: A Poision Pill for Arbitration in the European Union?». *Intl. Arb. Law Rev.*, 2009, pp. 62-65, en p. 63.

77 Ver Mourre, A. «Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage?». *ASA Bull.*, 2005, pp. 408-430, en pp. 428-429. Ver, asimismo, *Comentarios del Comité Francés de la CCI*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 1.

78 Sociedad de las Naciones Unidas, Convención Internacional para la ejecución de las sentencias arbítrales extranjeras, firmada en Ginebra el 24 de septiembre de 1927. El texto en español está disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf, pp. 13-17. La Convención entró en vigor el 25 de julio de 1929.

79 Ver *Comentarios del Comité del Arbitraje de la IBA*. *Op. cit. supra* n.º 72, para. 20; *Comentarios del CFA*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 3; *Comentarios de la CAM*. *Op. cit. supra* n.º 72, para. 6.

diversos puntos tales como el Derecho aplicable al procedimiento arbitral, el Derecho que rige el convenio arbitral o el alcance del orden público. Así, algunos Estados poseen un régimen más favorable al arbitraje que otros. Hoy en día cada Estado tiene la facultad de reconocer y ejecutar un laudo arbitral según sus propias normas, dentro de los límites de la Convención de Nueva York. Ello incrementa las posibilidades de que un laudo sea reconocido en un máximo de Estados miembros. Con la nueva propuesta, una decisión judicial que niegue la validez de un convenio arbitral o anule el laudo será reconocida y ejecutable en todos los Estados de la Unión sin necesidad alguna de exequátur, no importa cuán conservadora o poco favorable al arbitraje sean las normas aplicadas por las cortes estatales. En consecuencia, se generalizarán criterios locales para denegar el reconocimiento, con la resultante de que la legislación más restrictiva de los Estados miembros se convierte en el mínimo común denominador aplicable a lo largo de la Unión.[80]

De otra parte, lejos de eliminar los procedimientos paralelos, como pretenden las propuestas del Libro Verde, su implementación conduce al resultado opuesto, incrementando su número, y desincentiva el arbitraje con sede en Estados de la Unión Europea.

Tómese, por ejemplo, la propuesta de incluir una norma uniforme para determinar la sede del arbitraje. Según esta regla, de no ser posible el determinar la sede por acuerdo de las partes o mediante disposición del tribunal arbitral, determinará la cuestión la corte del Estado miembro que según el Reglamento fuera competente para conocer de la controversia de no mediar el convenio arbitral.[81] Habida cuenta de que el domicilio del demandado constituye la regla general de competencia bajo el Reglamento, en ausencia de un acuerdo de las partes o determinación del tribunal arbitral, las cortes del domicilio del demandado conocerán de la validez del convenio, certificarán la ejecutoriedad del laudo y serán las competentes para ordenar medidas provisionales. Adicionalmente, de conformidad con el Libro Verde, el Derecho aplicable al convenio arbitral, así como al procedimiento arbitral será el del Estado miembro donde se encuentra el domicilio del demandado. Cabe, entonces, pregun-

---

80 Ver los *Comentarios del Comité del Arbitraje de la IBA*. O*p. cit. supra* n.º 72, para. 23; *Comentarios del CFA*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 4; los *Comentarios de Emmanuel Gaillard*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 1.

81 Libro Verde (COM (2009) 174 final). *Op. cit. supra* n.º 70, p. 10, pie de página 14: «Si se sigue este planteamiento, la determinación de la sede del arbitraje deberá hacerse atendiendo a criterios uniformes. El estudio general sugiere remitirse al acuerdo entre las partes o a la decisión del tribunal arbitral. Si no pudiera determinarse la sede de esta forma, se propone remitir la cuestión a los órganos jurisdiccionales que serían competentes para conocer el litigio en virtud del Reglamento de no existir un acuerdo arbitral».

tarse qué aliciente tendrá una parte que desea recurrir al arbitraje cuando uno de los principales atractivos del arbitraje es su neutralidad.[82]

En segundo lugar, dado que el Reglamento ofrece diversos criterios para determinar la competencia de las cortes (tales como el domicilio del demandado, el lugar de cumplimiento de las obligaciones, etc.), diversas cortes estarán facultadas para ejercer las funciones que el Reglamento les adjudica como sede del arbitraje, conforme a la legislación del respectivo Estado miembro. Por tanto, habrá pluralidad de cortes con prioridad para determinar la validez del convenio arbitral o certificar la ejecutoriedad del laudo, además de múltiples leyes que rijan el convenio. Sobra entonces señalar el incremento de procedimientos y la complejidad resultante, que contradice el objetivo declarado de la propuesta de evitar la duplicación de procedimientos.

La misma lógica se predica de la propuesta de otorgar competencia a las cortes del Estado miembro de la sede para conocer de las medidas en apoyo del arbitraje.[83] No es claro si bajo esta disposición quedarían cobijadas medidas provisionales y órdenes para recabar pruebas. De ser éste el caso, la atribución de competencia a la corte de la sede del arbitraje carece de sentido, siendo estas medidas principalmente eficaces cuando se practican en el Estado donde se busca ejecutar el laudo. Ello supone, además de su poca utilidad, un paso obligado que dificulta la obtención de las medidas y resulta inoportuno.[84]

Por último, existe un alto riesgo de que la aplicación de las propuestas del Libro Verde conlleve la violación de las obligaciones internacionales de los Estados Miembros bajo la Convención de Nueva York,[85] así como bajo la Convención de Washington de 1965.[86] En efecto, piénsese, por ejemplo, en un escenario fáctico

---

82 Ver los *Comentarios del CFA*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 3.

83 Libro Verde (COM (2009) 174 final). *Op. cit. supra* n.º 70, p. 10. Respecto de los procedimientos judiciales de apoyo anota que «[…] se ha propuesto, por ejemplo, dar competencia exclusiva en este tipo de procedimientos a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tiene lugar el arbitraje, solución que podría estar eventualmente sujeta a un acuerdo entre las partes».

84 Ver Reporte de Grupo de Trabajo de la ICC Francés «*Rapport du Groupe de travail et résolution d'ICC - France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l`application du Règlement de Bruxelles I dans les Etats membres de l'Union européenne* (22 de marzo de 2008)». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, pp. 20-25; ver, asimismo, los *Comentarios del Comité del Arbitraje de la IBA*. *Op. cit. supra* n.º 72, para. 20, y los *Comentarios de la CAM*. *Op. cit. supra* n.º 72, p. 3.

85 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbítrales Extranjeras, firmada en Nueva York, el 20 de junio de 1958. La Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959. El texto en español está disponible en http://www.uncitral.org.

86 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmado en

donde se enfrentan una parte de un Estado miembro de la Unión Europea, que posee normas particularmente restrictivas sobre la arbitrabilidad de una controversia, y una parte asiática en un arbitraje con sede fuera de la Unión Europea. La parte asiática inicia el arbitraje y la parte europea, que desea sustraerse al mismo, acude a las cortes de su país que fallan invalidando el acuerdo arbitral. Dicha decisión tiene inmediato reconocimiento y ejecutoriedad en la totalidad de la Unión. De manera paralela, la parte asiática acude a las cortes de la sede del arbitraje que certifican la validez del convenio arbitral. Por su parte, el tribunal arbitral profiere un laudo. La parte asiática busca ejecutar el laudo en otro Estado de la Unión Europea con una legislación más favorable al arbitraje y que considera arbitrable la materia objeto de la controversia. Bajo la nueva propuesta, este último Estado se verá impedido para reconocer el laudo, pese a que las cortes del Estado de la sede han certificado la validez del acuerdo arbitral, en razón de la decisión de las cortes del otro Estado de la Unión Europea sobre la invalidez del convenio arbitral. Siendo las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo del artículo V de la Convención de Nueva York taxativas, el Estado miembro de la Unión estará violando sus obligaciones bajo esta convención. Adicionalmente, la propuesta vaciaría de todo contenido útil el artículo VII de la Convención de Nueva York,[87] y podría constituir en sí una violación de la misma.

De manera similar, bajo la Convención de Washington los laudos deben ser reconocidos y ejecutados por todos las partes contratantes como si fuesen laudos domésticos.[88] A excepción de Polonia, todos los Estados de la Unión Europea son parte en la Convención. Si una corte estatal de Polonia profiriese una decisión invalidando un acuerdo arbitral que somete las controversias al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI»), cualquiera de los otros Estados

---

Washington el 18 de marzo de 1965. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966. El texto en español está disponible en http://icsid.worldbank.org/.

87 El artículo VII de la Convención de Nueva York reza: «1. Las disposiciones de la presente Convención no afectaran la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbítrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. […]».

88 El artículo 54 (1) de la Convención de Washington establece: «Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran».

miembros de la Unión estarían imposibilitados para ejecutar el eventual laudo violando así sus obligaciones bajo la Convención de Washington.[89]

A la luz de las anteriores consideraciones, es claro que los Estados de la Unión Europea devendrían lugares poco apetecidos como sede del arbitraje.

C. La propuesta de la Comisión tras el Reporte sobre el impacto de las medidas

Las propuestas del Libro Verde suscitaron un intenso debate con la participación de numerosos autores y grupos interesados en el arbitraje.[90] Por lo tanto, la Comisión Europea designó un grupo de expertos a fin de que recomendarán una nueva Propuesta. En octubre del 2010, el grupo entregó su recomendación, la cual que fue adoptada por la Comisión, que la hizo pública junto con el Informe de Impacto de la Propuesta el 14 de diciembre de 2010.

En lo relativo al arbitraje el Informe reseña las opciones contempladas respecto a la exclusión del arbitraje, a saber: (i) mantener inmodificada la exclusión (*status quo*), (ii) establecer un sistema de litis pendencia y (iii) extender el ámbito de la exclusión del arbitraje. La nueva propuesta de la Comisión adopta la tercera opción que considera incrementará la eficacia de los acuerdos arbitrales, privilegiará la voluntad de las partes en la determinación de la sede del arbitraje y evitará procedimientos paralelos y litigios abusivos.[91]

Dentro de sus considerandos, la nueva Propuesta, establece que el Reglamento no es aplicable al arbitraje «salvo en los pocos casos en que disponga lo contrario. En concreto, no se aplica a la forma, la existencia, la validez o los efectos de los convenios de arbitraje, a las competencias de los árbitros, al procedimiento ante los tribunales arbitrales, ni a la validez, la anulación, el reconocimiento y la ejecución de los laudos

---

89 Pinsolle, P. *Op. cit. supra* n.º 76, en p. 65.

90 Sobre las reflexiones de uno de los autores del Reporte Heidelberg de eliminar la excepción tras las respuestas al Libro Verde ver, Hess, B. «Improving the Interfaces Between Arbitration and European Procedural Law – the Heidelberg Report and the EU Commision's Green Paper on the Reform of the Regulation Brussels I». *Les Cahiers de l´Arbitrage*, 2010, pp. 17-30; ver en respuesta Mourre, A. «Some Additional Comments on the (now amended) Heidelberg Report: A reply to Professor Hess». Kluwer Arbitration Blog, 22 de marzo de 2010, *consultar* http://kluwerarbitrationblog.com.

91 Documento de trabajo de la Comisión sobre la evaluación del impacto de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (SEC (2010) 1547 final), 14 de diciembre de 2010, en pp. 13-19.

arbitrales».[92] Así, modifica el artículo 1 (2) (d) que excluye el arbitraje de la regulación excepto en lo dispuesto por los artículos 29 (4) y 33 (3).[93]

En efecto, la piedra angular de esta nueva propuesta consiste en introducir un mecanismo de *litis* pendencia, como artículo 29 (4),[94] conforme al cual una vez que el tribunal arbitral o una corte de la sede del arbitraje asumen conocimiento para determinar la validez del convenio arbitral, toda corte que esté conociendo de la validez del mismo está obligada a suspender el procedimiento.

Conforme a uno de los expertos de grupo comisionado, este mecanismo buscaría evitar las acciones «torpedo», ya que la parte que busca defenderse de dicha acción torpedo puede objetar la jurisdicción de la corte donde se ha incoado la acción torpedo y acudir a la corte de la sede o al tribunal para poner de presente la validez del convenio y lograr así la suspensión del procedimiento que busca bloquear el arbitraje.[95]

De otra parte, el nuevo artículo 33 (3) complementaría la disposición del artículo 29 (4) propuesto, estableciendo que «*se considera que un tribunal arbitral conoce del asunto cuando una parte hubiere nombrado a un árbitro o hubiere solicitado el apoyo de una institución, autoridad o tribunal para la constitución del tribunal*».

---

92 Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM/2010/0748 – COD 2010/0383), considerando 7 (11), en p. 16. Para una discusión, ver ILLMER, M. *Op. cit. supra* n.º 30; ver, asimismo, DUTTA, A., J. BASEDOW, C. BAUER y otros. «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession». *Max Planck Private Law Research Paper* n.º 10/2, *RabelsZ*, 2010, 522-570.

93 Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (COM/2010/0748 – COD 2010/0383), artículo 1 (2) (d).

94 El texto propuesto es el siguiente: Artículo 29 (4) «Cuando la sede acordada o designada de un arbitraje estuviere situada en un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro cuya competencia hubiere sido impugnada en virtud de un convenio de arbitraje suspenderán el procedimiento a partir del momento en que se someta a los tribunales del Estado miembro en el que esté situada la sede del arbitraje o al tribunal arbitral una acción para determinar, a título principal o como cuestión incidental, la existencia, la validez o los efectos de dicho convenio de arbitraje.

El presente apartado no es óbice para que el tribunal cuya competencia hubiere sido impugnada se inhiba en el caso al que se ha hecho referencia más arriba si su Derecho nacional así lo prescribe.

Cuando se estableciere la existencia, la validez o los efectos del convenio de arbitraje, el tribunal ante el que se interpuso la demanda se inhibirá. [….]».

95 Ver ILLMER, M. *Op. cit. supra* n.º 30, p. 660.

Sin embargo, esta nueva propuesta, tiene igualmente detractores que cuestionan, entre otras, las consecuencias de la extensión de la competencia de la Unión Europea en el área del arbitraje.[96] Asimismo, el mecanismo resulta de gran complejidad y no evita las situaciones donde una resolución de la corte que busca impedir el arbitraje dicta una decisión antes de que la parte interesada en acudir al mismo haya adoptado las medidas para que se de aplicación al artículo 29 (4).

D. Las tres principales posiciones de hoy en día

Al día de hoy las diversas propuestas surgidas con respecto a la interacción del arbitraje y el Reglamento son tres:

i) La propuesta actual de la Comisión, arriba explicada (ver Sec. C, *supra)* de establecer un mecanismo de litis pendencia.

ii) El retornar al status quo manteniendo la excepción.

Esta opción está contemplada en el Informe de Impacto de la Propuesta (ver, Sec. C, *supra*),[97] por la que propugna Francia,[98] que ha sido fuertemente criticada por la Comisión en dicho Informe. La misma obedecería, según un autor, al temor de algunos sectores a que la Comisión adoptara un enfoque maximalista.[99]

iii) El fortalecimiento de la exclusión extensiva de las materias referentes a arbitraje.

El Reino Unido[100] es fuerte partidario de esta última posición. Ésta es, asimismo, la posición adoptada por el Parlamento Europeo que ha insistido, tal como se

---

96 Ver Ministry of Justice, «Revision of the Brussels I Regulation – How should the UK approach negotiations», Consultation Paper CP18/10, 2010, en para. 37, *consultar* http://www.justice.gov.uk.

97 Documento de trabajo de la Comisión sobre la evaluación del impacto de la propuesta. *Op. cit. supra* n.º 91, en p. 37.

98 Ver *Reporte de Grupo de Trabajo de la ICC Francés. Op. cit. supra* n.º 84, p. 25.

99 Ver Radicati di Brozolo, L. «Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: Seeds of Home Country Control and Harmonization?» (sometida para publicación en *el Journal of Private International Law*), en p. 12, *consultar* http://ssnr.com/abstract=1895303.

100 Ministry of Justice. *Op. cit. supra* n.º 96, para. 48. Ver para un análisis crítico Radicati di Brozolo, L. *Op. cit, supra*, n.º 99, pp. 8-9.

observa en su Resolución de 7 de septiembre de 2010[101] y en el Proyecto de Informe elaborado por su Comité de Asuntos Legales,[102] en los siguientes puntos:

a) La satisfactoria regulación del arbitraje por la Convención de Nueva York, cuya normativa es mínima, y el hecho de que las leyes nacionales de los Estados miembros pueden resultar más favorables a la competencia arbitral y los laudos.

b) El fortalecimiento y extensión de la excepción de arbitraje. Así el Proyecto de Informe del Comité de Asuntos Legales del Parlamento propone que el artículo 1 (2) (d) rece:

> El presente Reglamento no es aplicable al arbitraje. En concreto, no se aplica a la forma, la existencia, la validez o los efectos de los convenios de arbitraje, a las competencias de los árbitros, al procedimiento ante los tribunales arbitrales, ni a la validez, la anulación, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. El asunto del arbitraje, en su totalidad, debe quedar excluido del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Consecuentemente, el presente Reglamento no es aplicable a ningún conflicto, ningún litigio ni ninguna aplicación que las partes hayan sometido a un convenio de arbitraje o resolución arbitral o que guarde relación con el arbitraje en virtud de un tratado internacional. Del mismo modo, el presente Reglamento no es aplicable a ningún conflicto ni a ninguna decisión relativos a la existencia o validez de un convenio de arbitraje o resolución arbitral, ni a ninguna medida provisional o preventiva adoptada en el marco de un conflicto, un litigio o una aplicación que las partes hayan sometido a un convenio de arbitraje o

---

[101] Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2010 sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI)), considerandos I a M, y paras. 8 a 11. (El Parlamento i) se opone enérgicamente a la supresión, siquiera parcial, de la exclusión del arbitraje del ámbito, ii) propugna por que el artículo 1 (2) (d) aclare que no sólo los procedimientos de arbitraje están excluidos, sino también los procedimientos judiciales que tengan por objeto principal, incidental o preliminar la validez o el alcance de la competencia arbitral; iii) que se disponga que no se reconocerán las resoluciones de tribunal del Estado miembro que al decidir en su resolución sobre la validez o el alcance de una cláusula arbitral, infrinja alguna norma de la legislación sobre arbitraje en el Estado miembro en que se solicita la ejecución, a no ser que la resolución de ese Estado miembro produzca el mismo resultado que se hubiera alcanzado de aplicarse la legislación sobre arbitraje del Estado en que se solicita la ejecución).

[102] Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM (2010) 0748 – C70433/2010 – 2010/0383(COD)), 29 de junio de 2011.

> laudo arbitral o que guarde relación con el arbitraje en virtud de un tratado internacional.[103]

Por último, el Comité de Asuntos Legales aconseja la supresión de los artículos 29 (4) y 33(3) de la Propuesta de la Comisión de fecha 14 de diciembre de 2010, ejes de la misma.

VI. Conclusión

Tras efectuar el recuento y, en particular, al comparar las propuestas del Reporte Heidelberg que busca incluir en el ámbito del Reglamento numerosas materias referentes al arbitraje y la enmienda que plantea el Comité de Asuntos Jurídicos, donde el ámbito de exclusión parece abarcar toda cuestión relativa al arbitraje y cubrir las anteriores zonas grises, es evidente la polarización de las posturas respecto a la interacción entre el arbitraje y el Reglamento.

Es necesario, por tanto, andarse con pies de plomo de tal forma que como reza el refrán: el remedio no sea peor que la enfermedad. La extensión y fortalecimiento de la excepción resulta la opción más recomendable, en segundo lugar, es preferible el *statu quo*, siendo la propuesta de la Comisión de la litis pendencia la menos afortunada. Queda por verse cuál será la decisión adoptada tras las votaciones en el Parlamento.[104]

---

[103] Véase Propuesta de Enmienda del artículo (1) (2) (d), Proyecto de Informe del Comité de Asuntos Legales.

[104] La sesión del Parlamento Europeo para la adopción en el Comité del informe sobre la propuesta de un nuevo reglamento sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial está prevista el 11 de octubre de 2011. En cuanto a la sesión plenaria para la aprobación del mismo informe, la fecha aproximada es el 12 de diciembre de 2011.

Reflexiones sobre el arbitraje y el Derecho Europeo de la Competencia Arbitrabilidad y control de los laudos respecto del orden público europeo

Alexis Mourre

Sumario: I. Introducción.— A. La progresiva admisión de la arbitrabilidad del Derecho Europeo de la Competencia.— B. El control judicial de los laudos arbitrales.

I. Introducción

A lo largo de su historia, el Derecho Europeo se ha mostrado reticente a admitir que sus reglas imperativas —y, en particular, las reglas europeas sobre competencia— pudieran ser aplicadas por los árbitros.

Sobre el arbitraje pesaba la sospecha de que por ser una forma de justicia privada, confidencial y definitiva, éste pudiera ser utilizado para que las partes malintencionadamente evitaran la aplicación de las reglas imperativas de Derecho Europeo de la Competencia. Asimismo, se sospechaba que las reglas de competencia no serían correctamente impuestas por los árbitros, sea por una supuesta falta de capacidad de estos últimos, o ya sea por la falta de un interés particular por parte de los árbitros, jueces privados, en aplicar y hacer cumplir un Derecho fundamentalmente dirigido a proteger el interés público.

Así, por ejemplo, en el pasado la Comisión Europea (la «Comisión») solicitaba a las partes que se querían beneficiar de las exenciones por categoría, que le notificaran de cualquier laudo arbitral que se refiriese a los acuerdos objeto de la exención;[1] una exigencia semejante existía en el Reglamento n.º 556/89 sobre las licencias de

[1] Landolt, Ph. *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2006, p. 99.

know-how[2] y en el Reglamento n.º 2349/84 sobre acuerdos de licencia de patentes.[3] La Comisión también exigía esta comunicación como condición para otorgar las exenciones individuales.[4] Estas exigencias se basaban en la visión de la Comisión de que únicamente ejerciendo semejantes controles conseguiría asegurar la conformidad de los laudos con el Derecho Europeo, y el objetivo más general de lograr la aplicación uniforme del mismo. Guiada por esta intuición, la Comisión fue incluso más lejos, al exigir a las partes que notificaban su contrato, de acuerdo con lo previsto por el Reglamento 17, que suprimieran el convenio arbitral que hubiesen previsto en dichos contratos;[5] e incluso intentó —sin éxito— introducir en el Reglamento de exenciones por categorías relativo a los acuerdos de licencia de patentes, una cláusula que permitiera a las partes interponer una apelación en cuanto al fondo ante las jurisdicciones nacionales contra todo laudo arbitral dictado en relación con las materias objeto del Reglamento.[6]

Afortunadamente, esta desconfianza inicial se ha disipado. En efecto, actualmente no existe duda alguna de que el Derecho Europeo no se opone a que los tribunales arbitrales apliquen su Derecho de la competencia,[7] e incluso se podría decir que las instituciones europeas cuentan con que así sea.

---

2 Artículo 2.

3 Artículo 9.

4 En la decisión *Campari* del 13 de marzo de 1978, la Comisión subrayó que, en las hipótesis en las que una exención individual era acordada en el marco de un acuerdo de licencia de marca que previera una cláusula de arbitraje con sede en Suiza, era posible que el laudo no respetara la interpretación que la Comisión pudiera hacer de su decisión. Además, en la medida en que la sede del arbitraje se encontraba fuera de la Unión Europea, no había certeza de que los tribunales estatales examinarían la conformidad del laudo con el Derecho Europeo. Ver también las decisiones *Trans Ocean Marine Paint Association* del 27 de junio de 1967, *Papier Minces* del 26 de julio de 1972 y *Gerck-Weir-Sodium Circulators* del 23 de noviembre de 1977. Para un estudio de estas decisiones, ver KOVAR, R. «Droit communautaire de la concurrence et arbitraje». *Mélanges Goldman*. París: Litec, 1982, pp. 120-121. Sobre decisiones más recientes que exigen la comunicación de los laudos arbitrales a la Comisión, UIP, 12 de julio de 1989; *Sippa,* 15 de febrero de 1991; *Eurovisión*, 10 de mayo de 2000.

5 Decisión del 2 de diciembre de 1977, *Centraal Bureau Voor de Rijwielhandel*, comentada por KOVAR, R. *Op. cit.*, p. 118.

6 KOVAR, R. *Op. cit.*, p. 121.

7 Ver al respecto, DE BOISSESON, M. «Arbitrabilité et Droit de la Concurrence». En *Liber amicorum Bernardo Cremades*. La Ley, 2010; KOMNINOS A. «Arbitration and EU Competition Law» en *International Antitrust litigation: Conflict of Laws and Coordination*. Oxford: Hart Publishing, 2011; RADICATI DI BROZOLO, L. «Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of Arbitrators» en *Arbitration International.* La Haya: Kluwer Law International, 2011, vol. 27.1.

En las próximas líneas analizaremos entonces en un primer momento esta evolución hacia la actual aceptación general de la arbitrabilidad del Derecho Europeo de la competencia (A), y a continuación pasaremos a analizar lo que para algunos constituye la condición de esta arbitrabilidad, es decir la problemática de la intensidad del control jurisdiccional de los laudos arbitrales que aplican, o dejan de aplicar, el Derecho de la competencia Europeo (B).

A. La progresiva admisión de la arbitrabilidad del Derecho Europeo de la Competencia

A pesar de que la arbitrabilidad del Derecho de la Competencia nunca ha sido afirmada de manera explícita por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), su silencio en la decisión *Eco Swiss*[8] es suficiente evidencia de que los árbitros pueden aplicar este Derecho. El Tribunal Europeo en su decisión afirmó, por una parte, que los laudos arbitrales deberán ser anulados en caso de contradecir al artículo 81 del TCE (actual 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «TFUE»), pero juzgó, asimismo, que los Estados miembros son libres para determinar las condiciones de aplicación de dicho Derecho Europeo.

Por tanto, sería completamente absurdo imponer a las cortes nacionales la revisión de la conformidad de los laudos con el Derecho Europeo de la Competencia, si el mismo no fuera arbitrable. Asimismo, el hecho de que el TJUE se haya negado a responder a la pregunta de si los árbitros tenían o no el deber de aplicar de oficio el Derecho Europeo de la Competencia, respetando así el principio de autonomía procesal, muestra en todo caso que estos últimos, efectivamente, tienen el poder de aplicarlo.

La decisión *Eco Swiss*, sin embargo, no está exenta de toda crítica, se le ha reprochado —merecidamente a nuestro parecer—, haber asimilado el carácter imperativo del Derecho Europeo de la Competencia al orden público del control de los laudos, siendo que esta última noción es más restringida y que no toda violación del Derecho Europeo de la Competencia implica necesariamente violación del orden público.[9] Pero, esto forma parte de otra discusión, lo importante aquí es que dicha decisión

---

8 TJUE, 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton Int*. Sobre esta decisión, ver Mourre, A. «Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes». *Les Cahiers de l'Arbitrage*. Recueil, vol. 1 2000/2001, p. 77.

9 En este sentido, Shelkoplyas, N. *The application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Groningen: Europa Law Publishing, 2003, p. 125; Mourre, A. «Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus (Variations sur l'arbitre, l'ordre public et le droit communautaire)». En *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Heilbing & Lichtenhahn, 2005, p. 283; Di Brozolo, R. «Ar-

confirma —de manera implícita, pero no por ello menos clara— la arbitrabilidad del Derecho de la Competencia Europeo. Como señaló Philip Landolt:

> Si las cortes europeas hubieran querido realmente que se considerara como no-arbitrable al Derecho de la Competencia Europeo, ellas hubieran encontrado sin duda la ocasión de afirmarlo. Desde por lo menos 1982, con Nordsee como referencia preliminar, el TJCE se ha conformado con dejar pasar inadvertida cualquiera objeción que pudiera tener en relación a la arbitrabilidad de los aspectos del Derecho de la Competencia Europeo.[10]

Esto, desde luego, no significa que los árbitros puedan actuar como lo harían las autoridades de la competencia. El árbitro sigue siendo el juez del litigio privado que separa a las partes, por tanto, él no podrá, por ejemplo, condenar a una parte a determinadas multas por infringir el Derecho de la Competencia. Pero, sus poderes no son de ninguna manera más limitados que los de cualquier jurisdicción estatal que aplique el Derecho de la Competencia.[11] Ciertos autores coinciden, por ejemplo, en que un tribunal arbitral puede constatar la ilicitud de una ayuda pública que no haya sido notificada.[12]

La admisión general de la arbitrabilidad del Derecho de la Competencia no ha sido puesta en duda por la modernización del Derecho de la Competencia Europeo efectuada en el año 2003. Por el contrario, el Reglamento n.º 1/2003[13] debe ser interpretado en el sentido de que establece las bases de un rol aún más activo de los árbitros en la aplicación de las reglas de competencia. El Reglamento n.º 1/2003 implica, por tanto, una ruptura con la idea tradicional según la cual correspondía a la Comisión de manera predominante, si no exclusiva, velar por la correcta aplicación del Tratado para asegurar la aplicación uniforme del Derecho Europeo.

Como sabemos, el Reglamento n.º 1/2003 otorgó a las autoridades estatales el poder de conceder exenciones individuales en aplicación del artículo 81, parágrafo 3 (actual artículo 101, párrafo 3 del TFUE), mientras que dicha prerrogativa estaba hasta entonces reservada a la Comisión.[14] Antes del Reglamento n.º 1/2003, las cor-

---

bitration and Competition Law: the Position of the Courts and of Arbitrators». En *Arbitration International.* La Haya: Kluwer Law International 2011, vol. 27.1.

10 LANDOLT, Ph. *Op. cit.* nota 1, p. 100 (traducción libre).

11 Entiéndase sus poderes jurisdiccionales, pues evidentemente, las Cortes y Autoridades Estatales disponen de superiores medios de investigación e instrucción que derivados del *imperium* del cual los árbitros carecen.

12 JARROSSON, Ch. y L. IDOT. *Repertoire de Droit Communautaire Dalloz*, *Arbitrage*, p. 20.

13 Reglamento CE n.° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las Reglas de Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

14 Reglamento n.º 1/2003, artículo 6.

tes estatales debían limitarse a aplicar los parágrafos 1 y 2 del artículo 81 y suspender la decisión cuando la Comisión fuera llamada a responder sobre una solicitud de exención individual bajo el fundamento del artículo 81-3. La política de las exenciones era entonces el monopolio de la Comisión. Este monopolio fue suprimido, y desde entonces los tribunales estatales pueden aplicar el artículo 81 TCE, luego 101 TFUE, de manera integral.

El Reglamento n.º 1/2003 comprende también disposiciones destinadas a asegurar la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la Comisión, pero las mismas no afectan a la autonomía del arbitraje. Así, en virtud del artículo 15-2 del Reglamento,[15] las jurisdicciones nacionales deben transmitir sus decisiones a la Comisión, mientras que el artículo 15-3 se refiere a la intervención de la Comisión como *amicus curiae* ante las jurisdicciones nacionales. Todos los autores coinciden, sin embargo, que dichas disposiciones no resultan aplicables a los árbitros,[16] lo cual, desde luego, no significa que los árbitros no puedan decidir servirse de ellas como modelo para solicitar, llegado el caso, la opinión de la Comisión.[17]

Al haber desaparecido el poder exclusivo de la Comisión para conceder exenciones individuales, y en vista de que el actual artículo 101 TFUE tiene efecto directo en su totalidad, la conclusión necesaria es que los tribunales arbitrales ahora también disponen del poder de aplicar el parágrafo 3 de este artículo.[18] De hecho, la limitación anteriormente impuesta a los poderes de los árbitros no resultaba de una regla particular de inarbitrabilidad, sino de una regla de competencia exclusiva de la Comisión, la cual se imponía a todas las jurisdicciones, fueran estatales o arbitrales. Habiendo desaparecido esta competencia exclusiva, no queda ningún motivo para limitar los poderes jurisdiccionales de los árbitros, los cuales disponen de los mismos poderes que cualquier jurisdicción nacional.

Admitir lo opuesto sería contrario al objetivo perseguido por el Reglamento n.º 1/2003, y conduciría a un resultado absurdo. La lógica del Reglamento n.º 1/2003, en efecto, es asegurar una aplicación uniforme del artículo 101 TFUE, y el mismo no hace ninguna distinción en cuanto a la jurisdicción implicada. Además, el anterior

---

15 En este sentido, ver la Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004 sobre la cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, en *JOUE*, n.° C.101.

16 Derains, Y. «L'arbitre, la Commission et la Cour: questions de procédure». *Les Cahiers de l'Arbitrage, Recueil*, vol. II, 2004, p. 167; Komninos, A. *Op. cit*. pp. 15 y ss.; De Boisseson, M. *Op. cit*.

17 Jarrosson, Ch. y L. Idot. *Op. cit*., p. 39; Komninos, A. *Op. cit*., pp. 19-21.

18 Abdelgawad, W. «L'arbitrage international et le nouveau Règlement d'application des articles 81 et 82 CE». *La Revue de l'Arbitrage* («Rev. Arb.»), 2004, p. 253.

sistema se basaba en la existencia de un procedimiento de notificación individual, que permitía someter los contratos a la Comisión, con el fin de obtener la exención; sin embargo, este procedimiento ya no existe, ya que la Comisión deseaba precisamente descargarse del control de las restricciones verticales para poder concentrase sobre otros aspectos, que considera —acertadamente— más importantes, tales como las restricciones horizontales y, sobre todo, la lucha contra los cárteles. Por lo tanto, de admitirse la inarbitrabilidad del artículo 101, parágrafo 3, se privaría a las partes que hubiesen previsto el arbitraje, de cualquier posibilidad de obtener una exención individual, creando así una verdadera situación de denegación de justicia. El mismo razonamiento debe conducir a admitir que el tribunal arbitral puede aplicar el artículo 101 de manera integral, sin importar que el contrato haya sido firmado antes o después de la entrada en vigor del Reglamento n.º 1/2003.

En realidad, el Reglamento n.º 1/2003 no se limitó a establecer una extensión del campo de arbitrabilidad del Derecho de la Competencia Europeo mediante la aplicación uniforme del artículo 101. El Reglamento se inscribía dentro de una importante evolución de la mentalidad y cultura del regulador europeo. Al suprimir el cordón umbilical de las notificaciones individuales, el Reglamento exige a las empresas que sean ellas mismas quienes evalúen la compatibilidad de sus contratos con el Derecho de la Competencia Europeo. Este principio de autoevaluación viene conjuntamente con la instauración de un control *a posteriori* de la compatibilidad de los acuerdos con el Derecho Europeo de la Competencia, en lugar del control *a priori* que anteriormente ejercía la Comisión. De esta manera, se abandona la presunción de ilegalidad de los acuerdos a favor de una presunción de legalidad de los mismos. Esta evolución hacia un control, a la vez descentralizado (pues, es ejercido no solamente por las autoridades de la competencia, sino también por todas las jurisdicciones competentes en relación a un litigio, durante el cual surjan aspectos de Derecho de la Competencia Europeo, sea de manera principal o incidental) y más flexible, viene acompañada de una clara voluntad de apoyarse en los actores privados del comercio internacional, los cuales pasaron de ser considerados como sospechosos, a ser elevados a la categoría de actores protagonistas en la política de la competencia europea. El Libro Blanco de la Comisión sobre las acciones de indemnización y las iniciativas legislativas que le siguieron ilustran perfectamente esta tendencia, y este reforzamiento del *private enforcement* concierne tanto al arbitraje como al contencioso judicial.[19]

Una interesante ilustración del recurso al arbitraje como instrumento de la política europea de la competencia nos viene dada por los arbitrajes de los litigios que puedan surgir de la ejecución de los compromisos asumidos en el marco del

[19] Sobre las relaciones entre el arbitraje y el Libro Blanco, ver KOMNINOS A. y M. BURIANSKI. «Arbitration and Damage Actions Post White Paper: Four Common Misconceptions». *Global Competition Litigation Review*, 2009.

control de concentraciones, o de otras exenciones acordadas por la Comisión. La Comisión, en efecto, favorece la inclusión de convenios arbitrales en este tipo de compromisos —generalmente de conducta— asumidos por las empresas que notifican, respecto de terceras partes.[20] Se trata, entonces, de una oferta de arbitraje *erga omnes*, que seguidamente puede ser aceptada por dichos terceros luego del surgimiento del conflicto. El mecanismo de formación del consentimiento en este tipo de arbitraje es, entonces, comparable al de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones.

Los compromisos en los que se incorporan estas cláusulas de arbitraje se refieren generalmente a obligaciones de hacer, a diferencia de los acuerdos estructurales cuya ejecución es habitualmente controlada por un mandatario ad-hoc designado por la Comisión.[21] Suele tratarse de compromisos respecto del acceso a las redes de distribución o a facilidades esenciales, que puedan dar lugar a litigios relativos a condiciones tarifarias discriminatorias, o compromisos relativos al otorgamiento de licencias de propiedad intelectual, o al aporte de información relativa a la interoperabilidad de redes de telecomunicaciones.

Resulta evidente que los tribunales arbitrales no tienen competencia para conceder una exención en materia de concentraciones, ni para revocar o modificar exenciones existentes. Es igualmente evidente que la Comisión —que es un tercero en relación a estos procedimientos arbitrales especiales— no estará vinculada por un laudo arbitral dictado respecto de la ejecución de compromisos de comportamiento. El efecto relativo del laudo es la consecuencia natural del carácter privado de la misión confiada a los árbitros. Al respecto, existe un debate sobre la naturaleza pública o privada (*regulatory*) de estos arbitrajes. Ciertos autores sostienen que el tribunal arbitral actuaría en nombre o en el interés (como el «brazo armado») de la Comisión.[22] En otras palabras, su misión consistiría en actuar en lugar de las autoridades nacionales de la competencia, en cierta manera por delegación de estas últimas.[23] Desde nuestro punto de vista, semejante interpretación es errónea. En efecto, en este tipo de arbi-

---

[20] Sobre el recurso al arbitraje en materia de concentración de empresas, ver Blessing, M. *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, Helbing & Lichtenhahn, 2003; Blanke, G. *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006; Idot, L. «Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations». *Rev. Arb.* 2000, p. 591; Liebscher, Ch. «L'arbitrage dans les procédures de contrôle des concentrations: des perspectives». *Les Cahiers de l'Arbitrage, Recueil,* vol. II (2002-2003), p. 149; Decocq, G. «Arbitrage et droit communautaire du contrôle des concentrations». *Revue des Affaires Européennes,* 2005, p. 169.

[21] Comunicación de la Comisión respecto de las medidas correctivas aceptables de acuerdo con el Reglamento CE n.° 139/2004 del Consejo, y del Reglamento CE n.° 802/2004 de la Comisión.

[22] Blessing, M. *Op. cit.,* pp. 183-184.

[23] Blanke, G. *Op. cit.,*

trajes, el tribunal arbitral lleva a cabo una tarea, que correspondería, en ausencia de cláusula arbitral, a una jurisdicción nacional. Cuando hay un convenio arbitral, tal es, precisamente, el rol que se confía al tribunal arbitral, cuya misión reviste incontestablemente una naturaleza jurisdiccional y administrativa.[24]

Sin embargo, a pesar de estas notables evoluciones, ciertas reticencias subsisten aún respecto de la arbitrabilidad del Derecho Europeo. Una Resolución adoptada por el Parlamento europeo en 1994[25] traducía el temor de que el arbitraje pudiera comprometer la uniformidad de interpretación y aplicación del Derecho Europeo. Estas reticencias se manifiestan con una particular agudeza, en presencia de las partes llamadas «débiles», tal como constatamos hace algunos años en la decisión «Claro» del TJUE.[26] Aunque esta decisión no se refería a asuntos de Derecho de la Competencia, ella muestra que el Tribunal Europeo bien pudiera en el futuro, querer imponer a las jurisdicciones nacionales un control mucho más riguroso sobre la aplicación del Derecho Europeo por los árbitros.

Diversos autores que ven al arbitraje como una amenaza contra la aplicación armoniosa del Derecho Europeo han planteado revisar las conclusiones de la decisión *Nordsee*[27] para permitir que los tribunales arbitrales planteen preguntas prejudiciales al TJUE. Esta decisión que provocó numerosos comentarios entre la doctrina,[28] decidió que los tribunales arbitrales no son jurisdicciones en el sentido del artículo 267 TFUE (anterior artículo 177, luego 234 TCE), y que, por consiguiente, no pueden plantear preguntas prejudiciales al TJUE. Esta jurisprudencia, que, posteriormente, fue confirmada en los casos *Almelo*[29] y *Denuit*,[30] en ocasiones ha sido interpretada, a nuestro parecer erróneamente, como una restricción de los poderes jurisdiccio-

---

[24] RADICATI DI BROZOLO, L. «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration. A fresh look at the second look». *International Arbitration Law Review*. 2004, p. 35. MOURRE, A. «Dissenting Opinion on a Dangerous Project». *European Business Law Review («EBLR»)*, 2008, p. 225.

[25] A3-0318/94, C-205/519, *Bull ASA*, 1995, p. 42.

[26] TJUE, 26 de octubre de 2006, *Elisa María Mostaza Claro vs. Centro Móvil Milenium*, n.° C-168/05. Sobre esta decisión, ver nota MOURRE, A. JDI (Clunet) n.° 2, abril 2007, p. 13.

[27] TJUE, 23 de marzo de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH vs. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG,* C-102/81, *Rev. Arb.* 1982, p. 473, nota de DE MELLO X.; Dalloz Jur. 1983, p. 633, nota de J. Robert.

[28] DE MELLO, X. «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. Arb.* 1982, p. 473; ROBERT J. en *Dalloz Jur*. 1983, p. 633, BLANKE, G. *Op. cit.*, p. 49.

[29] TJUE, 27 de abril de 1994, *Gemeente Almelo vs. Energiebedrijf IjsselijNV*, C-393/92, Yearbook of International Commercial Arbitration, 1995, p. 187; *Rev. Arb.* 1995, p. 503, nota de Ph. Fouchard.

[30] TJUE, 27 de enero de 2005, *Denuit vs. Transorient & Mosaïque*, n.° C-125/04.

nales de los árbitros,[31] según ciertos autores, si los árbitros pueden ejercer poderes jurisdiccionales aplicando las disposiciones imperativas europeas como lo hacen los tribunales estatales, también deben tener, como las jurisdicciones nacionales, la posibilidad de plantear preguntas prejudiciales al TJUE, a fin de garantizar una interpretación uniforme del Derecho Europeo. Pero, tales críticas a la decisión *Nordsee*, que, aparentemente, son favorables al arbitraje, provienen también, sin embargo, en algunos casos, de una cierta desconfianza respecto de la arbitrabilidad del Derecho Europeo. Para algunos autores, el acceso al TJUE sería una condición para la correcta aplicación del Derecho Europeo por los árbitros, en consecuencia, en vista de que éstos están privados de dicho acceso, lo natural es que sus laudos sean controlados de manera más severa.

Semejante visión de las cosas se explica, a nuestro parecer, por haberse hecho una asimilación excesiva del árbitro al juez judicial. Efectivamente, con frecuencia se olvida que las jurisdicciones nacionales tienen, cuando deciden en última instancia —lo cual hacen generalmente los árbitros—, no sólo el derecho, sino el deber de interrogar a la TJUE a título prejudicial cuando se presente una dificultad respecto de la aplicación del Derecho Europeo. Abrir la posibilidad de que los árbitros planteen preguntas prejudiciales a la TJUE implicaría aplicarles también los mismos deberes que pesan sobre las jurisdicciones nacionales en virtud del artículo 10 TCE (derogado, pero remplazado en su sustancia por el artículo 4(3) TFUE).

En efecto, un vínculo estrecho une al artículo 234 TCE (actual artículo 267 TFUE) con el artículo 4(3) TFUE. Tal como lo notó el Abogado General Reischl

---

[31] El Congreso Internacional sobre Arbitraje de 1966 adoptó una resolución favorable a la posibilidad para los árbitros de plantear preguntas pre-judiciales a la TJUE. Storme, M. se ha pronunciado igualmente a favor de tal solución al respecto, en «Arbitrage et question préjudicielle, observations sous TJUE, 30 juin 1966», Vassen-Göbbels, *Cahier de droit européen*, 1967, p. 309. La solución planteada en la decisión Nordsee ha sido igualmente criticada por X. de Mello, *Op. cit.*, p. 395; Bebr, G. en «Arbitration Tribunals and article 177 of the EC Treaty», *Common Market Law Review (CML Review)*, 1985.22, p. 496; Friend, M. «EEC Law, Preliminary rulings and Arbitrators», *The Law Quarterly Review*, 1983 pp. 356-360; Goffin, L. «Arbitrage et droit communautaire», en *Mélanges Fettweiss*, Story-Scientia. Bruxelles, 1989, p. 186; Schmitthoff, C.M. «Arbitration and EEC Law», *CML Review*, 1987.24, p. 153; Bonassies, P. «Arbitrage et droit communautaire», en *Mélanges Boulois*. Dalloz, 1991, p. 21; Van Gerven, W. «L'arbitrage dans le droit européen». *Revue de Droit International Comparé*, 1995, p. 71; Baudenbacher, C. «Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU». *European Competition Law Annual*, 2001, *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law.* Ehlermann y Atanasiu (Eds.). Hart, 2003, p. 358 ; Racine, J.B. «L'arbitrage commercial international et l'ordre public». *Op. cit*., p. 264. Para una opinión más matizada, ver, Abdelgawad, W. «Arbitrage et droit de la concurrence». *LGDJ*. París, 2001, p. 321.

en sus conclusiones en el caso *Nordsee*, la obligación de interrogar al TJUE a título prejudicial se aplicaría también a los tribunales arbitrales en la medida en que sus laudos fueran definitivos, lo cual suele ser habitualmente el caso tratándose de litigios internacionales. Semejante proposición llevaría a cuestionar la autonomía del arbitraje y a asimilar los tribunales arbitrales a las jurisdicciones estatales. Esta perspectiva, además, ignora el hecho de que el Derecho Europeo no impone ninguna obligación a los tribunales arbitrales en el sentido de aplicar correctamente y de manera uniforme sus reglas imperativas. Como lo señaló acertadamente el Abogado General Reischl en sus conclusiones en el caso *Nordsee*:

> Si la imposibilidad de aplicar la ley sustantiva nacional es tolerada en los laudos arbitrales —en otras palabras—, si la ausencia de precauciones para asegurar la correcta y uniforme aplicación del Derecho no es considerada como un riesgo contra la apropiada evolución del Derecho, entonces, prácticamente no hay justificación alguna, en mi opinión, para considerar que sean necesarias exigencias más rigurosas respecto del Derecho Europeo.[32]

Las conclusiones del abogado General Reischl son conformes con el principio de Derecho Europeo de Autonomía Procesal, tal como fue aplicado por el Tribunal en *Eco Swiss*: el Derecho Europeo únicamente exige que sus reglas imperativas no sean tratadas de manera menos favorable que las reglas de orden público de los Estados miembros. Como lo apuntó con precisión Natalya Shelkoplyas:

> La conclusión a la que llegó el Abogado General fue que, por definición, el mecanismo del artículo 234 TCE no tiene utilidad en casos en los que la correcta y uniforme aplicación del Derecho Europeo no es ni requerida, ni controlada o asegurada, en forma alguna.[33]

Como fue señalado, para que la ampliación a los árbitros del procedimiento prejudicial no ponga en riesgo el régimen autónomo del arbitraje, sería necesario separar el artículo 267 del TFUE del deber de cooperación que corresponde a las jurisdicciones nacionales.[34] Pero, incluso si tal evolución fuera posible, habría que tomar en cuenta las considerables complicaciones procesales y retrasos que pudieran producirse como consecuencia de solicitudes hechas a los árbitros, y no siempre de buena fe, de que sometan cuestiones prejudiciales de Derecho Europeo a la TJUE, siendo que la utilidad práctica de semejante mecanismo tampoco resulta absolutamente evidente.

---

[32] Jurisprudencia del TJUE 1982, pp. 1095 y ss. (traducción libre).

[33] SHELKOPLYAS, N. *Op. cit.*, p. 414 (traducción libre).

[34] JARROSSON, Ch. y L. IDOT. *Op. cit.*, § 36.

La desconfianza que subsiste respecto de la arbitrabilidad del Derecho Europeo también se ha manifestado a través de la idea según la cual, la Comisión debería poder participar en el procedimiento arbitral para controlar que los eventuales aspectos de Derecho de la Competencia sean correctamente considerados. Carl Nisser y Gordon Blanke han sostenido al respecto que:

> En ambos [tipos de]arbitrajes, el de indemnizaciones y los casos de Derecho Europeo de la Competencia ordinarios, la Comisión, puede tener un especial interés en asegurar que el árbitro o el tribunal arbitral otorguen la consideración apropiada a la correcta aplicación de la legislación europea sobre competencia y control de concentraciones […]. El recurso de los árbitros a la Comisión para la correcta interpretación del Derecho de la Competencia Europeo […] debe también considerarse favorable a la aplicación uniforme del Derecho Europeo y por ende, como un apoyo a la creación de un mismo campo de juego legal y económico a lo largo del mercado interno.[35]

Los autores, al considerar que «un tribunal arbitral no puede ser calificado como un tribunal estatal de un Estado miembro en el sentido del artículo 234 TCE»,[36] estiman, entonces, que los tribunales arbitrales deberían informar a la Comisión sobre todo procedimiento en el que se invoque el Derecho Europeo de la Competencia, a título principal o incidental,[37] a fin de permitirle participar en las audiencias, «sea bajo la forma de un observador del procedimiento arbitral, o bien como un *amicus curiae,* para defender sus propios derechos».[38] Precisando que «la Comisión debería poder presentar escritos en su carácter de *amicus curiae*, sin importar en qué estado se encuentre el procedimiento».[39] Además, «el árbitro o el tribunal arbitral, en caso de duda o desacuerdo entre las partes en el arbitraje, podrá acudir a la Comisión para que ésta le indique como interpretar adecuadamente las disposiciones de Derecho Europeo» y ello, «incluso si las partes en el arbitraje no consintieron previamente en ello».[40] Los mismos autores añaden, en particular, por lo que se refiere a los arbitrajes en materia de compromisos en el marco de concentraciones, que «el árbitro puede efectivamente tener la obligación de interrogar a la Comisión y de someterse a sus recomendaciones».[41]

---

35 «Model Best Practice Note on the European Commission acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings». En Blanke, G. *Op. cit*., p. 294 (traducción libre).

36 *Op. cit*., p. 295 (traducción libre).

37 *Op. cit.*, p. 297.

38 *Op. cit*., p. 298 (traducción libre).

39 *Op. cit.*, 302 (traducción libre).

40 *Op. cit.,* p. 300 (traducción libre).

41 *Op. cit.*, p. 295 (traducción libre).

Tales propuestas provienen de una evidente e injustificada desconfianza en la capacidad de los árbitros para aplicar el Derecho Europeo, y en lo que concierne al rol de los árbitros en los litigios que pueden surgir respecto de la ejecución de compromisos adoptados en el contexto del control de concentraciones, implica también una visión «reglamentaria» de dicho rol, que consideramos desacertada. Imponer a un órgano jurisdiccional a que se someta a un órgano administrativo como la Comisión implicaría en efecto, que el asunto que se le presenta al árbitro corresponde, en realidad, a la sola competencia de esta última. Sin embargo, tal no es el caso respecto de los litigios relativos a los acuerdos adoptados en el marco del control de concentraciones, ya que se trata de litigios privados cuya determinación no corresponde exclusivamente a la Comisión y pueden ser sometidos a los tribunales de justicia estatales.[42]

Por último, al analizar estas propuestas también deben considerarse otros aspectos fundamentales del procedimiento arbitral, como son la confidencialidad, la celeridad y la finalidad de los arbitrajes, que se verían seriamente amenazados si la Comisión pudiera ejercer un rol tan invasivo respecto de cualquier arbitraje que presentara conexión con el Derecho de la Competencia. Posiblemente, el objetivo de asegurar la correcta y uniforme aplicación del Derecho Europeo de la Competencia pueda ser alcanzado mediante fórmulas más respetuosas del arbitraje, como consultas y solicitudes de asistencia de los árbitros, no impuestas sino discrecionales, y en cualquier caso, desde luego, respetando la voluntad de las partes así como el debido proceso.

B. El control judicial de los laudos arbitrales

Según una opinión bastante extendida, la decisión *Eco Swiss* debería interpretarse en el sentido de que impone un control más severo de los laudos arbitrales respecto del orden público europeo.[43] Dicho control más severo constituiría, en cierta forma, la condición de la arbitrabilidad de los litigios de Derecho Europeo de la Competencia.[44] Nosotros consideramos que esta idea es errónea. Aunque el TJUE haya subrayado en su decisión *Eco Swiss* la importancia fundamental para el mercado interior de las reglas comunitarias de competencia, el Tribunal no se pronunció sobre la intensidad ni las modalidades de control de los laudos. El TJUE, respetuoso del principio de autonomía procesal de los Estados, se limitó, en efecto, a establecer una regla de

---

42 MOURRE, A. *Op. cit*. en nota 22.

43 RACINE, J.B. *Op. cit*.

44 «The most important general lesson from Eco Swiss (confirming Nordsee on this point) is that the EU legal order is content to let arbitrators deal with EU Law as they please, but the counterpart of this is that EU Member States Courts are under a duty to ensure the compatibility of what arbitrators do with Community law requirements». LANDOLT, Ph. «Limits on Court review of International Arbitration awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law requirements». *Arbitration International*, 2007, p. 77.

equivalencia, en virtud de la cual, el orden público europeo no puede ser tratado de manera menos favorable que el orden público de los Estados miembros.

La gran mayoría de los Estados miembros limitan, de una manera u otra, el control ejercido por sus jurisdicciones sobre los laudos arbitrales. La jurisprudencia lo ha confirmado, en casos específicamente relativos al Derecho Europeo de la Competencia en Francia, Italia, Bélgica, Suecia y en Grecia.[45] La jurisprudencia inglesa favorece igualmente un control limitado de los laudos,[46] aunque, a nuestro conocimiento, ésta aún no ha tenido que decidir específicamente respecto del Derecho Europeo de la Competencia. En Alemania, la jurisprudencia parece configurarse a favor del control limitado, y cierta parte de la doctrina más reconocida ha tomado posición de manera clara en este sentido.[47] La doctrina española también se ha expresado

---

[45] Francia: Cour d'appel de Paris, 18 de noviembre de 2004, *SA Thales c/. GIE Euromissile*, ver Bollée, S. *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, p. 104; Seraglini, Ch. «L'affaire Thalès ou le non-usage immodéré de l'exception de l'ordre public, ou les dérèglements de la dérèglementation». *Les Cahiers de l'Arbitrage, Recueil,* vol. III, 2004-2005, p. 87. Aprobando la solución, Radicati di Brozolo, L. «L'illicéité « qui crève les yeux»: critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international: à propos de l'arrêt Thales de la cour d'appel de Paris». *Rev. Arb*., 2005, p. 529, nota de Mourre, A. *Journal du Droit International* («*JDI Clunet*») 2005, p. 357; Cass. 1.° civ. 4 de junio de 2008, n° 06-15320, SAS SNF c/. Cytec Industries BV, ver nota de Mourre, A. en *JDI (Clunet)* n.° 4, octubre 2008, pp. 1107 y ss; Cour d'appel de Paris, 22 de octubre de 2009, *Sté. Linde Aktiengesellschaft c/. Sté Halyvourgiki*; en Italia: CA Florencia, 21 de marzo de 2006, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 15-17 octubre 2006, p. 57, obs. Tampieri T.; CA Milán, 21 de julio de 2006, *Terra Armata c/. Tensacciai*, *Rivista dell'arbitrato*, 2006, nota de Radicati di Brozolo, L.G.; Bélgica: CA Bruselas, 1è°, 22 de junio de 2009, *Cytec Industries BV c. SNF SAS*, ver Mourre, A. en *Rev. Arb.*, 2009, p. 574; Suecia: CA Svea, 4 de mayo de 2005, caso n.° T-6730/03, *Republic of Latvia c/. Latvijas Gaze*; Grecia: CA Tesalónica, Decisión n.° 1207/2007, confirmada por la Corte Suprema n.° 1665/2009.

[46] CA Civil Division, *Westacre Investments c/. Jugoimport*: [1999] 3 A11 ER 864.

[47] Corte Superior Regional de Thuringe, agosto 2007 (OLG Thüringen, Schieds VZ, 2008. 44 s). Esta decisión se sitúa claramente del lado favorable al enfoque minimalista. En el marco de un procedimiento de reconocimiento de un laudo CCI dictado en Zurich, la Corte, en efecto, rechazó el argumento según el cual el reconocimiento hubiera sido contrario a las reglas alemanas de competencia, estimando que en presencia de una alegada violación de reglas de orden público, el reconocimiento del laudo no puede denegarse sino en caso de abuso de poder de los árbitro, y que en el caso concreto, el resultado al cual el tribunal arbitral había llegado luego de haber considerado y aplicado las reglas de Derecho de la competencia no podía ser cuestionado por el juez de control. La solución se aproxima entonces a una decisión dictada el 25 de agosto de 2004 por la Corte Superior de Baviera (*LesCahiers de l'Arbitrage, Recueil*, vol. III, 2004-2005, p. 441), negándose a anular un laudo contrario al Derecho concursal alemán, puesto que la cuestión litigiosa había sido debatida ante los árbitros y que «sólo en los casos extremos, en los que la aplicación del laudo conduciría a abusos manifiestos y a un *trouble* grave del orden público, que el laudo puede ser anulado». En doctrina, P. Schlosser ha aprobado la visión minimalista, «Articles 81 and 82 EC-Treaty and Arbitration: a German perspective»,

a favor de un control limitado.[48] La solución francesa, como ya sabemos, consiste en no anular el laudo, salvo en los casos en que se perciba una violación «flagrante, efectiva y concreta» del orden público internacional.[49] En otros países, el juez exigirá una «violación manifiesta». Estas fórmulas diferentes expresan una misma realidad, de hecho, ningún Estado miembro ha adoptado la vía opuesta, que consistiría en controlar de manera pormenorizada, en cuanto a los hechos y el Derecho, la forma en que los árbitros aplicaron el Derecho Europeo de la Competencia. Los seguidores de la tesis del control «maximalista» únicamente pueden invocar una decisión aislada de la Corte de Apelación de La Haya.[50] Añadiremos que las mencionadas soluciones adoptadas en Europa son conformes a aquéllas adoptadas por las Cortes de los Esta-

---

La Gazette du Palais, Recueil marzo-abril 2009. Ver también, para un enfoque más matizado, SACHS, K. «La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence». *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2008, vol. 2.

48 DE PAREDES, A.G. «L'annulation des sentences arbitrales en Espagne : à propos de la non-révision au fond des sentences et du contrôle du respect de l'ordre public en droit espagnol». *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2007-3, p. 27.

49 Tal como un comentador señaló respecto de la fórmula francesa, que fue originalmente empleada por la Corte de Casación en un caso relativo a las disposiciones de orden público internacional del Código de la Salud Pública:

«La elección precisa de estos adjetivos no puede ser inocente. Cada uno sirve a una función particular. El primero se refiere a la percepción de la violación del orden público, el segundo a sus efectos y el tercero a su concreción.

Para ser flagrante, la violación del orden público, cual flagrante delito, debe ser cometida ante los ojos del juez que la constata. Cuando la cuestión a sido sometida al árbitro, ello implica que el laudo contiene los ingredientes de la violación y los pone a la disposición de la autoridad de control. La solución susceptible de violar el orden público es entonces aquella que se dicta en un litigio, cuyos elementos constitutivos se encuentran delimitados por las constataciones de hecho del árbitro y su apreciación de los derechos de las partes.

Para ser efectiva, la violación del orden público debe traducirse en una acción que viole el orden público. Así (…) el árbitro que declare erradamente la ilicitud de un contrato que no lo era, no consagra una solución contraria al orden público, aun si, haciendo esto, procede a una incorrecta aplicación de la regla de orden público.

En fin, para ser concreta, la violación del orden público debe conducir a una solución que, materialmente, sea incompatible con éste último. No será así , en aplicación de la teoría de la equivalencia, cuando el árbitro desaplica una regla de orden público al considerar lícito un contrato que no lo era, pero se niega a otorgarle efectos por otro motivo, al anularlo por falta, o vicio del consentimiento, por ejemplo» (traducción libre). Citado por DE BOISSESON M. en *Op. cit*.

50 Corte de Apelación de La Haya, 27 de mayo de 2004, *Marketing Displays International, Inc. vs. VR Van Raalte reclame BV*, en *Les Cahiers de l'Arbitrage, Recueil,* vol. III (2004-2005), p. 470. A propósito de esta decisión, ver MOURRE A. y L. RADICATI DI BROZOLO. «Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back». *Journal of International Arbitration*, 2006, p. 180.

dos Unidos que debieron enfrentarse a asuntos semejantes relativos al Derecho de la Competencia estadounidense.[51]

Las restricciones que se han establecido al control de los laudos arbitrales corresponden a una metodología perfectamente clásica en Derecho Internacional Privado, que consiste en distinguir las áreas respectivas del contencioso del reconocimiento y del fondo.[52] El juez de la anulación es el juez de la regularidad del título, lo que lleva a que ciertas jurisdicciones califiquen el control ejercido por este juez, como «externo» o «extrínseco».[53] No puede llevar a cabo una revisión del laudo, que consista en apreciar la adecuación en Derecho o en cuanto a los hechos del razonamiento desarrollado por los árbitros para llegar a la solución. El juez de control, que no es el juez del fondo, no puede sustituir la apreciación de los árbitros por la suya propia, en cuanto a la existencia de una eventual afectación del comercio intracomunitario. En Derecho Internacional Privado, la prohibición de la revisión del fondo proviene del respeto que el juez del reconocimiento debe al tribunal extranjero; el mismo respeto se impone respecto de un laudo arbitral revestido de autoridad de cosa juzgada. Tal como acertadamente sostiene el Profesor Fadlallah: «el fundamento de la ausencia de revisión sobre el fondo es precisamente el reconocimiento de la autoridad de la decisión presentada, que se reduciría a nada si las condiciones de reconocimiento implicasen una revisión en cuanto al fondo. No podemos al mismo tiempo afirmar que el laudo arbitral tiene autoridad de cosa juzgada desde que es pronunciado y someterla, para [obtener] laconfirmación judicial de esta autoridad, a una revisión en cuanto al fondo».[54] En definitiva, la jurisprudencia que, en países como Francia, limita el control de los laudos ha alcanzado un punto de equilibrio satisfactorio. Al respecto, el Profesor De Vareilles-Sommieres, considera oportunamente que:

> Debemos aplaudir el espíritu de compromiso que ha inspirado a la *Cour de Cassation* en su intento de separar el campo en el que la eficacia de la política legislativa dirigida por la ley de policía se impone, de aquél en el que la no reiteración del contencioso que ya ha sido juzgado prevalece. Su jurisprudencia implica, en efecto, hacer prevalecer las consideraciones de eficacia de la política jurídica de fondo perseguida por la ley de policía en caso de que esta última fuese violada de manera "flagrante, efectiva y concreta", siendo entonces anulado el laudo en Francia en virtud de la afrenta al orden público

---

51 US Court of Appeals, 7th circuit, 16 de enero de 2003, n.° 02-2039, *Baxter International Inc. c/. Abbott Laboratories.*

52 Ver la nota de Fadlallah, I. sobre la decisión C. Cass. civ. 1.°, 4 de junio de 2008, Sté. *SNF c/. Sté. Cytec Industries BV*, en *Rev. Arb.*, 2008, pp. 473-485.

53 Ver nota de A. Mourre sobre C.Cass civ. 1.°, 4 de junio de 2008, *Sté. SNF c/. Sté. Cytec Industries BV*, en *JDI (Clunet)*, n.° 4, octubre 2008, pp. 1107 y ss.

54 Fadlallah, I. *Op. cit.*, p. 481.

> que su reconocimiento o ejecución consagrarían. Cuando por el contrario, la violación de la ley de policía no presenta las características requeridas de evidencia, efectividad y concretización, las consideraciones de política procesal, en el sentido perseguido por la regla *res judicata* […] y dirigidas a impedir la reiteración del contencioso y la revisión del fondo prevalecen.[55]

Admitir que el juez de la anulación puede revisar el laudo en cuanto al fondo sería aún más peligroso tratándose de Derecho de la Competencia, debido a que toda esta materia está impregnada de un análisis económico. El control reforzado en cuanto a los hechos y el Derecho, llevaría necesariamente al juez de la anulación —por la primera vez, en caso de que dichas cuestiones no hayan sido discutidas durante el arbitraje— a definir el mercado pertinente, a analizar las partes de mercado de las empresas respectivas y de sus competidores, a estudiar la estructura de los precios y la eventual existencia de barreras a la entrada, a apreciar los beneficios económicos que una eventual restricción podría causar a los consumidores, y que pudiera justificar una exención, etc. Ciertamente tales análisis, que pueden llegar a ser considerablemente complejos y suponen un examen en profundidad del caso, requiriendo generalmente el apoyo de expertos, son difícilmente compatibles con un procedimiento rápido y eficaz de control de laudos. Al respecto, nunca insistiremos lo suficiente, en un momento en el que ciertas voces solicitan confiar el control de los laudos que se refieren al Derecho de la competencia, a formaciones judiciales especializadas en esta materia, sobre el gran beneficio que ha significado y continuará significando para el arbitraje internacional, el hecho de que el control de los laudos arbitrales sea confiado a magistrados especializados en materia de arbitraje.

Sin embargo entre la doctrina se puede apreciar cierta incomodidad en cuanto a la coexistencia de una regla general de arbitrabilidad del Derecho Europeo de la Competencia, y de un control limitado de los laudos. Un ejemplo interesante de esta reticencia puede apreciarse en un artículo de Philip Landolt.[56] El autor, que considera que «debe temerse cada vez más que los Estados no dispongan de suficiente certeza de que los laudos arbitrales tomarán en cuenta sus políticas más importantes», estima, por tanto, dudoso que un control que únicamente pueda ejercerse en la sede y por motivos limitados «sirva suficientemente a los intereses de los Estados». El autor recomienda entonces «reconocer competentes a los tribunales del Estado cuyas reglas imperativas son puestas en riesgo por el objeto de un laudo arbitral internacional, para que éstos juzguen si, dichas reglas imperativas fueron aplicadas de manera satis-

---

[55] DE VAREILLES-SOMMIERES, P. «Lois de police et politiques législatives». *Revue Critique de Droit International Privé*. Dalloz n.° 2, 2011, p. 277.

[56] LANDOLT, Ph. «Limits on Court review of International Arbitration awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law requirements». *Arbitration International*, 2007, p. 63.

factoria en el arbitraje»,[57] y ello sin importar cuál sea la sede del arbitraje o el lugar de ejecución del laudo. El autor además estima que el control que actualmente se ejerce sobre los laudos es demasiado laxista, pues «muchos casos de falta de aplicación o de errónea aplicación por el tribunal arbitral de normas imperativas no son sancionados como violaciones del orden público».[58] Sería necesario, entonces, ir hacia una evolución legislativa que permita asegurar la revisión del fondo de los laudos cada vez que se encuentre en juego el Derecho Europeo de la Competencia: «La obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de asegurar la compatibilidad de los laudos arbitrales respecto del Derecho Europeo de la Competencia bien podría implicar la derogación de las disposiciones legales de los Estados miembros de la Unión Europea que limiten la intensidad de este control».[59]

Tales proposiciones, si algún día llegaren a adoptarse, equivaldrían a poner en tela de juicio la arbitrabilidad del Derecho Europeo de la Competencia. Significaría que se permitiría a los tribunales estatales volver a juzgar todo litigio arbitral que hubiese implicado la aplicación del Derecho Europeo de la Competencia, revisando los hechos, admitiendo nuevas pruebas e instruyendo de nuevo el caso, tanto en cuanto a los hechos como al Derecho. Ciertamente, la postura que describimos es aislada, y la mayoría de los autores que son hostiles a la limitación del control sobre los laudos no han puesto en duda la arbitrabilidad del Derecho de la Competencia. Pero, existe un vínculo muy importante entre la arbitrabilidad y la prohibición de la revisión en cuanto al fondo. La arbitrabilidad supone reconocer a los árbitros el poder de decidir definitivamente el litigio, aunque sean aplicables reglas imperativas; sin embargo, la revisión del fondo implica ignorar lo que ha sido válidamente decidido por los árbitros. Tal como lo notó la Corte de Apelación estadounidense del 7.° circuito en el caso Baxter, permitir la revisión del fondo de los laudos sería equivalente a echar el laudo «a la papelera».[60]

En realidad, los argumentos a favor de un control más severo de los laudos provienen de la idea según la cual no es posible confiar totalmente en los árbitros para aplicar el Derecho Europeo de la Competencia ya que estos últimos, a la diferencia de los jueces estatales, tenderían a privilegiar los intereses de las partes en detrimento de una aplicación suficientemente rigurosa de las reglas imperativas que deban legítimamente aplicarse. Sin embargo, no existe razón alguna para pensar que un tribunal arbitral le dará menor importancia de la que le daría un juez nacional al Derecho Europeo de la Competencia. Al contrario, es posible pensar que la cultura arbitral ha evolucionado considerablemente desde la época en la que los árbitros se consideraban

---

57 Landolt, Ph. *Op. cit.*, p. 65.

58 Landolt, Ph. *Op. cit.*, p. 72.

59 Landolt, Ph. *Op. cit.*, p. 83.

60 U.S. Court of Appeals, 7th circuit, 16 de enero de 2003, n.° 02-2039. *Baxter International, Inc. vs. Abbot Laboratories.*

únicamente como servidores de las partes y cuyo rol estaría estrictamente limitado a decidir sobre los motivos de hecho y de Derecho que le fueren presentados. Hoy en día es generalmente admitido que los árbitros tienen deberes no solamente respecto de las partes que los han designado directa o indirectamente, sino también respecto de la comunidad internacional de negocios y de la comunidad en su conjunto. El rigor con el cual los árbitros abordan los problemas de fraude y de corrupción es representativo en este sentido. Además, aun suponiendo que algunos árbitros todavía mantuvieran una concepción muy restrictiva de su misión en cuanto al respeto del orden público europeo, no podría sacarse ninguna conclusión en cuanto a la intensidad del control judicial ejercido respecto de los laudos. Al respecto podemos permitirnos hacer la comparación con la situación de un juez exterior a la Unión Europea: dicho juez, obviamente no está obligado a aplicar el Derecho Europeo; sin embargo, no por ello se ha propuesto que se modifique el principio de prohibición de la revisión en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. El Derecho Europeo no exige reformar la autonomía procesal de los Estados ni de trastornar los fundamentos del Derecho Internacional Privado; le basta —como ya dijimos— con no ser tratado de manera menos favorable de la que se trata al Derecho interno. Cuando el Derecho de los Estados miembros se limita a verificar que los laudos no afecten gravemente al orden público, el Derecho Europeo no exige algo diferente.

Sin embargo, el equilibrio entre el principio de autonomía procesal y las exigencias del Derecho Europeo es frágil, como lo demuestra el carácter excesivo de decisiones como «Claro». Este equilibrio, que debe ser preservado, reposa sobre la confianza que debe inspirar el arbitraje tratándose de la aplicación de reglas de orden público. No podrá admitirse que el arbitraje sea percibido como un instrumento para evitar reglas imperativas que tienen una legítima vocación a ser aplicadas, incluso en las relaciones internacionales —lo cual ciertamente no es el caso respecto de todas las reglas de policía o de orden público—. En materia de competencia, el árbitro no podrá cerrar los ojos respecto de las violaciones más graves, restricciones horizontales, monopolios, etc., aunque ninguna de las partes las haya invocado, y deberá buscar la oportunidad para suscitar su adecuado debate durante el arbitraje. De no ser así, existiría un serio riesgo de que la Comisión y la TJUE decidan dejar de lado el principio de autonomía procesal para intentar imponer un control reforzado de los laudos. Tal evolución evidentemente sería desastrosa. El árbitro, que en definitiva es un juez, debe estar atento a no exponerse a las críticas, y debe entonces —con toda la prudencia que se impone y el respeto escrupuloso del debate contradictorio— invocar de oficio las violaciones más graves que perciba del Derecho Europeo de la Competencia, y tomar debidamente cuenta de ello en su laudo. De no hacerlo, el laudo se expondrá ciertamente a ser anulado. Pero si lo hace, no existe entonces ninguna razón para que el juez del control revise sobre el fondo las conclusiones —buenas o malas— a las que hubiese llegado.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (enfocando lo comercial dentro del ámbito de las inversiones)

Meritxell Burcet Sendrós

Sumario: I. Introducción. Distinción entre los APPRIs intra-comunitarios y los APPRIs extra-comunitarios.— II. Validez legal de los APPRIs intra-comunitarios conforme al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Análisis.— i) La misma materia: Inversión.— ii) Intención (voluntad).— (iii) Incompatibilidad.— III. Áreas problemáticas en las que los APPRIs y el Derecho de la Unión Europea pueden entrar en conflicto.— (i) Expropiación.— (ii) Cláusula de Tratamiento Nacional.— (iii) Derecho de Libre Establecimiento.— (iv) Libre circulación de capital.— (v) Posibilidad de acudir al arbitraje como característica distintiva de los APPRIs.

El examen de la validez de los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs) intra-comunitarios implica determinar si las obligaciones que emanan de dichos instrumentos pueden llegar a entrar en conflicto con obligaciones preexistentes conforme al Derecho de la Unión Europea. En tal caso, debería determinarse si los APPRIs han sido resueltos *de facto* o bien establecer el alcance de las obligaciones concretas que han sido resueltas o remplazadas. El presente capítulo se divide en 4 secciones. La sección 1era establece la diferencia entre APPRIs extra-comunitarios y los APPRIs intra-comunitarios. La sección 2da examina la validez de los APPRIs desde la perspectiva, en primer lugar, del Derecho Internacional Público; y en segundo lugar, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Una vez establecida la necesaria coexistencia entre ciertas materias reguladas tanto por el Derecho de la Unión Europea como los propios APPRIs, la sección 3era analizará las áreas problemáticas en las que ambos regímenes entran potencialmente en conflicto. La sección 4ta concluirá que por una parte, el Tribunal Europeo de Justicia

no es el foro adecuado para dirimir litigios sobre protección de inversiones; y por otra, que el Derecho de la Unión Europea no ha desarrollado todavía un cuerpo normativo que abarque los problemas que tradicionalmente acompañan al derecho de inversiones.

I. INTRODUCCIÓN. DISTINCIÓN ENTRE LOS APPRIS INTRA-COMUNITARIOS Y LOS APPRIS EXTRA-COMUNITARIOS

Los arbitrajes de inversiones, tradicionalmente, se han amparado o bien bajo APPRIs —Tratados entre dos Estados que contienen obligaciones recíprocas, o bien en Tratados Multilaterales de Inversión—. Entre los Tratados Multilaterales de Inversión más relevantes, cabe destacar, entre los tratados de alcance general, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*) y el Acuerdo de la Asociación de Países del Sud Este Asiático (ASEAN). Por otra parte, el Tratado de la Carta de Energía (*Energy Charter Treaty*) se centra en un sector económico específico. El presente capítulo se circunscribirá al análisis de la naturaleza de los APPRIs.

Como punto de partida, sería conveniente definir los objetivos generales y las características de los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Los APPRIs son tratados internacionales celebrados entre dos Estados y regidos por normas de Derecho Internacional Público, cuyo objetivo es la promoción y la protección de las inversiones realizadas por inversores que ostenten la nacionalidad de uno de los Estados Contratantes. Este objetivo se alcanza, *inter alia*, con el aseguramiento de un trato no-discriminatorio a los inversores de cada Estado Contratante. Esto conlleva que cada Estado Contratante otorgue, recíprocamente, el tratamiento de la nación más favorecida, admita la libre transmisión de capitales, asegure una compensación justa en caso de expropiación, y dispense un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros. En el caso de que uno de los Estados Contratantes viole las obligaciones consagradas en los APPRIs, los inversores podrán recurrir a los diversos sistemas de resolución de conflictos previstos en los propios APPRIs; normalmente arbitraje bajo el auspicio del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) o arbitraje conforme el reglamento de la CNUDMI, entre otros.

El gran número de arbitrajes de inversiones en los últimos años se debe en gran medida a la proliferación del número de APPRIs. Tradicionalmente se considera que el primer APPRI fue firmado entre Alemania y Pakistán en 1959. En 1972 estaban en vigor 72 APPRIs. En 1990, ya se podían contar 385 APPRIs. Actualmente, se con-

sidera que hay 2700 APPRIs en vigor.[1] La proliferación de los APPRIs tuvo especial relevancia en el Centro y el Este de Europa, donde los problemas económicos que experimentaban estas zonas, sirvieron no sólo de acicate para la accesión a la Unión Europea, sino que se convirtieron en el catalizador de políticas cuyo objetivo era atraer capital «a cualquier coste». En este contexto, muchos APPRIs fueron firmados de acuerdo a los términos propuestos por los países de Europa Occidental, dando como resultado una serie de APPRIs especialmente favorables para los inversores, en detrimento de los Estados.

Los APPRIs guardan similitudes entre sí por lo que a contenido y objetivos se refiere. Tal similitud tiene su origen en el hecho de que estos tratados surgen de un número limitado de antecedentes legales comunes a todos los Estados. Entre estos antecedentes encontramos los borradores preparados en 1967 por un grupo privado (dirigido por Abs y Shawcross) y en 1967 por los borradores elaborados por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD). Los APPRIs también encuentran sus raíces primigenias en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (Tratados FCN).

La accesión de los países de Europa del Este a la Unión Europea junto a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 pusieron de manifiesto una serie de cuestiones referentes al *status* legal de APPRIs que se habían convertido en tratados bilaterales firmados entre Estados Miembros —y no terceros países— y que cubrían materias parcialmente reguladas —y codiciadas— por el Derecho de la Unión Europea.

En julio del 2010, la Comisión Europea presentó sus detalladas observaciones en respuesta a la invitación del Tribunal en el *Eastern Case*[2] para que elaborara sobre las observaciones que habían sido ya presentadas en 2006.

Al inicio de sus observaciones, la Comisión distinguió entre APPRIs extra-comunitarios y APPRIs intra-comunitarios (que de acuerdo con los datos de la Comisión, se cuentan aproximadamente unos 190). Si las preocupaciones de la Comisión, en lo referente a los APPRIs extra-comunitarios, se restringen a cuestiones de competencia para la firma de tratados y la incompatibilidad con las obligaciones de *ius cogens* del Derecho de la Unión Europea; el principal foco de reticencias en los APPRIs intra-comunitarios se centra en el derecho que asiste a los inversores

---

1 Rigo Sureda, Andrés. *Investment treaty arbitration Judging Under Uncertainty*. Cambridge University Press p. 1.

2 *Eastern Sugar B.V.* (Netherlands) *vs.* The *Czech Republic*, Laudo Parcial (2 marzo 2007) http://ita.law.ca/documents/EasternSugar.pdf. El Laudo Final de 2 de abril de 2007 tan sólo trató el tema de las costas.

amparados por dichos APPRIs para acudir al arbitraje como método de resolución de conflictos. La Comisión consideró que el hecho de otorgar a los inversores amparados los APPRIs intra-comunitarios la posibilidad de resolver mediante arbitraje las disputas Inversor-Estado implicaba un trato discriminatorio, puesto que dicha posibilidad quedaba vedada para el resto de inversores que no podían acogerse a los APPRIs. La Comisión no aceptó en ningún momento que el arbitraje fuera un mecanismo de resolución de conflictos más eficiente que el dispensado por los tribunales nacionales, y rechazó la posibilidad de que disputas relacionadas con el Derecho de la Unión Europea pudieran ser resueltas por un tribunal distinto al Tribunal de Justicia Europea alegando que esta práctica comportaría la fragmentación del Derecho Comunitario.

Sin embargo, la postura de la Comisión parece sostenerse más en cuestiones políticas que fundamentarse en argumentos legales. El mero hecho de los APPRIs intra-comunitarios generen anomalías en el funcionamiento deseado de la Unión Europea no es una razón suficiente en sí misma para afirmar que los APPRIs han sido resueltos o remplazados por los nuevos tratados de la Unión Europea. La validez legal de los APPRIs debe examinarse, no conforme a fórmulas de conveniencia política de la Unión Europea, sino de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Público.

II. Validez legal de los APPRIs intra-comunitarios conforme al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969

La sección 2da pretende establecer que a pesar de que la doctrina de la supremacía del Derecho de la Unión Europea sea un principio perfectamente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia,[3] los APPRIs celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa deberían prevalecer. La supremacía del Derecho de la Unión Europea es una cuestión interna del sistema de la Unión Europea que no afecta directamente a los árbitros —quienes derivan su jurisdicción del propio APPRI—. En consecuencia, la cuestión fundamental reside en la determinación de la validez de los propios APPRIs conforme a las normas que los regulan, que no es más que las normas de Derecho Internacional Público.

---

[3] Tal como ponen de manifiesto los casos del Tribunal Europeo 6/64 *Costa vs. Enel* (primacía respecto a la ley nacional), n.° 11/79 *Internationale Handelgesellshaft* (primacía respecto a las constituciones escritas), n.° 22/70 *Acuerdo Europeo de Transporte por Carretera* (referente a la conclusión del tratado de acuerdo a una política común), n.° 106/77 *Simmenthal* (primacía respecto a legislación previa y futura).

El Derecho de la Unión Europea no es un sistema auto-contenido (*self-contained*) en sí mismo,[4] sino un sub-sistema del Derecho Internacional. El carácter de Derecho Internacional del sistema de la Unión Europea queda evidenciado por el hecho de que cada modificación de los Tratados Constitutivos depende del consentimiento de los Estados Miembros, consentimiento regulado en último término por nomas de Derecho Internacional Público. En consecuencia, el *test* que debería determinar si los APPRIs han sido efectivamente resueltos debería realizarse conforme a los estándares consagrados en los artículos 42 y 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, CVDT).

De acuerdo con el artículo 42 de CVDT, todos los tratados (en el presente caso, los APPRIs) tan sólo pueden ser resueltos tal y como esté previsto el propio tratado:

> Validez y continuación en vigor de los tratados.
> 1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.
> 2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

Dado que ni el Tratado de Lisboa ni los propios APPRIs intra-comunitarios contienen una cláusula que prevea expresamente la resolución de los APPRIs, no podemos asumir que el Tratado haya efectivamente terminado. Una interpretación sistemática permitiría concluir que el marco legal de la Unión Europea y las reglas contenidas en los APPRIs deben interpretarse de manera complementaria en lugar de manera conflictiva para así beneficiar a los inversores, que es el objetivo último del derecho de inversiones. Es decir, en lugar de abogar por la terminación de los APPRIs parece más razonable apoyar una interpretación que dé cabida a ambos regímenes, y los compatibilice. El hecho de que los APPRIs contengan varios mecanismos desconocidos en el Derecho de la Unión Europea tales como a) el derecho del inversor a dirimir sus conflictos mediante arbitraje b) la posibilidad de un inversor de instar una reclamación directamente contra el Estado Anfitrión, por citar sólo algunas opciones

[4] Véase Simma, Bruno y Dirk Pulkowski. «Of Planets of the Universe: Self-Contained Regimes in International Law». *The European Journal of International Law,* vol. 17, n.° 3. *EJIL*: «La afirmación continuada de la Comunidad Europea de su propio carácter *sui generis*, sin embargo, no crea por sí sólo un régimen legal propio. Desde el punto de vista del derecho internacional, el sistema legal de la Unión Europea sigue siendo un subsistema del derecho interno». (Traducción libre). No obstante, el caso *26/62 Van Gend en Loos* [1963] ECR1, en su párrafo 12, el Tribunal Europeo no toma en consideración la Convención de Viena de 1969 al distinguir el sistema legal de la Unión Europea del Derecho Internacional Público.

vedadas en el Derecho de la Unión Europea, refuerzan la postura de que los APPRIs deban ser mantenidos como un medio de promoción de la cooperación entre Estados, puesto que colman ciertas lagunas presentes en el Derecho de la Unión Europea.

Dado que el Tratado de Lisboa no es un tratado de alcance global o integral, el derecho de la inversión todavía es una materia susceptible de ser regulada por cuerpos legales extramuros del Derecho de la Unión Europea. No puede considerarse que los APPRIs hayan sido terminados *de facto* tras la accesión de un Estado Miembro a la Unión Europea, en virtud del artículo 59 del CVDT hasta que ciertas condiciones no hayan sido verificadas:

> 59. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.
> 1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:
> a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
> b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.
> 2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

A continuación, procederemos a analizar cada uno de los requisitos sentados por el artículo 59 del CVDT, lo cual nos permitirá concluir que al no verificarse los requisitos necesarios, los APPRI no han sido ni terminados ni suspendidos como consecuencia de la entrada en vigor de un tratado posterior.

i) La misma materia: Inversión

La definición sobre qué constituye una inversión no es clara ni sencilla. De hecho, el concepto de «inversión» constituye una cuestión sometida a un riguroso análisis jurisdiccional por parte de los tribunales arbitrales. El análisis de este concepto se ha fundamentado en dos instrumentos:

i) El propio tratado de inversión, es decir, el APPRI;

ii) El artículo 25 de la Convención del CIADI.

A pesar de que la definición de inversión provista por el CIADI tan sólo es relevante en los arbitrajes CIADI, muchos de los laudos y de la doctrina referente al

artículo 25 del CIADI son relevantes para considerar la definición de inversión contenida en otros tratados. De modo similar, el enfoque de los tribunales arbitrales que han resuelto sobre este tema de acuerdo a la definición de inversión contemplada en los APPRIs es también de especial relevancia.[5]

El artículo 25 de la Convención del CIADI circunscribe la jurisdicción del Centro a los litigios que surjan «directamente de una inversión». Ninguna definición de este término fundamental es ofrecida. El Informe de los Directores Ejecutivos explica esta falta de aclaraciones o pautas argumentando que: «No se realizó ningún intento por definir el término inversión dados los requisitos esenciales sobre el consentimiento de las partes, y los mecanismos a través de los cuales los Estados Contratantes pueden dar a conocer, si lo desean, los tipos de disputas que consideran susceptibles o no de ser resueltas por el Centro».[6]

Como remarca Schreurer, dicha afirmación es históricamente inexacta. Schreurer explica que varios puntos de vista relativos a la definición de «inversión» fueron discutidos, pero no se llegó a un consenso. La ausencia de aclaraciones significa que los parámetros sobre qué constituye una inversión se encuentran en las manos de los tribunales.

El artículo 25 de la Convención CIADI ha sido interpretado de forma amplia, pero ello no significa que sea omnicomprensivo. Schreurer señala varias áreas de actividad económica sobre las que se han pronunciado tribunales CIADI:

> [...] la construcción y operación de hoteles, la producción de fibras y telas, la minería, la construcción de hospitales, la explotación y distribución de productos petrolíferos, la manufactura de botellas de plástico, la construcción y gestión de una fábrica de fertilizantes, la gestión de una fábrica de algodón, la fundición de aluminio, actividades forestales, el avituallamiento y gestión de buques de guerra, la producción armamentística, proyectos de complejos turísticos, el transporte marítimo de minerales, la concesión de créditos, etc.[7]

Schreurer configuró esta lista en 2001. Desde entonces, las categorías de actividades económicas cubiertas no han dejado de aumentar. Aún así, actividades que

---

5 McLachan, Campbell, Laurence Shore y Mathew Weiniger. *International Investment Arbitration, Substantive Principles*. Oxford University Press (2010) p. 163.

6 World Bank Report, «Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965». ICSID Rep 23, 28.

7 Schreurer, C. *The ICSID Convention: A Commentary* (2001), pp. 120-125.

podrían encuadrarse fácilmente en alguna de dichas categorías, tales como la concesión de avales, la generación de energía, la concesión de licencias de telecomunicación o la banca comercial. Esto indica que la clave de la cuestión no radica en el área de actividad económica cubierta, pero la forma y naturaleza de dicha actividad. Se han desarrollado ciertos criterios para discernirlo a través de las decisiones arbitrales, y dichos criterios se han aplicado de manera consistente.

El primer laudo que trató sobre el concepto de «inversión» en profundidad fue *Fedax N.V.* vs. *Republic of Venezuela*. Fedax, una empresa que reclamaba bajo el APPRI firmado entre Holanda y Venezuela, era el beneficiario, por vía de endoso, de instrumentos de deuda emitidos por Venezuela. En este contexto, Fedax no había entrado en posesión de los pagarés a través de ninguna relación con Venezuela, o a través de una inversión hecha directamente en su territorio. Venezuela argumentó que la tenencia de los pagarés por parte de Fedax no podía calificarse como una inversión porque Fedax no había realizado ninguna inversión extranjera directa que conllevara una transferencia de recursos financieros a largo plazo. El Tribunal rechazó esta postura. Adoptó el mismo enfoque defendido en un artículo escrito por Schreurer:

> […] las características básicas de una inversión han sido descritas como cierta duración, cierta regularidad de beneficios, la asunción de riesgo, compromiso sustancial [por parte del inversor] que desembocaría en un desarrollo significativo del Estado anfitrión.[8]

El Tribunal estudió el estatus de los pagarés bajo la ley Venezolana y concluyó que éstos cumplían con las características generales de una inversión. Se enfatizó especialmente la relación «significativa» entre la transacción y el desarrollo del Estado.

En base a este breve análisis, podemos afirmar que definir *ratione materiae* el concepto de inversión no tan sólo no es una tarea fácil, sino que resulta confuso determinar si la «inversión» como materia tal y como se ha concebido tradicionalmente queda cubierta por el Tratado de Lisboa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la frase «relacionados con la misma materia» debe ser interpretada de manera estricta. Por el mero hecho de que un Tratado general posterior se solape en varias disposiciones concretas de un Tratado previo no es suficiente para satisfacer el alcance de dicho requisito. La colisión de Tratados no tan sólo debe ser por razón de la materia, sino que esa materia debe estar cubierta con el mismo alcance.

---

[8] Fedax 199; Schreurer, «Commentary on the ICSID Convention», 11 ICSID Rev-FILJ 316, 372.

Esta interpretación aclara las razones para sostener que no puede entenderse que el Tratado de Lisboa y que los APPRIs intra-comunitarios cubran los mismos aspectos, y que además lo hagan con la misma intensidad.

En primer término, la intención —la *leges voluntas*— de ambos tratados es marcadamente distinta:

Mientras que el Tratado de Lisboa se centra en la integración de las economías de los Estados Miembros —instrumentalizando la eliminación de las barreras al comercio y la protección de las inversiones para el alcance de dicho fin, pero nunca considerándolo el fin en sí mismo— los APPRIs centran su atención exclusivamente en la protección de las inversiones.

Además, y al hilo del distinto énfasis e intención de cada tratado, el Tratado de Lisboa regula el marco para la iniciación de las inversiones - en vistas a la creación de un mercado común- mientras que los APPRIs abarcan no sólo la iniciación, sino también la protección de dichas inversiones durante el transcurso de su vida.

De este modo, el contenido de los APPRIs puede dividirse en tres aspectos:

i) la seguridad de la inversión,

ii) la neutralidad de la inversión, y

iii) la apertura del mercado.

En cambio, el Derecho de la Unión Europea se limita a regular el último de los tres puntos.

Asimismo, el alcance de la recién adquirida Política Comercial Común de la Unión Europea (artículos 206 y 207, Parte V, Título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) se circunscribe a los intercambios comerciales, los cuales conforman solamente una parte del concepto, mucho más amplio, de inversión. En sus Opiniones 1/94 y 2/92, el Tribunal Europeo de Justicia adoptó una interpretación restrictiva en lo que se refiere al contenido de la Política Comercial Común de la Unión Europea. Además, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) adoptado por la OMC, que cubre, entre otros, la provisión de servicios por vía de «presencia comercial», afirma que las únicas relaciones transfronterizas consistían en el comercio de bienes. En cambio los capítulos del Tratado de Lisboa que analizan esta materia tan sólo resultan aplicables a la libre circulación de las personas físicas y jurídicas. Dado que las inversiones extranjeras se caracterizan por un establecimiento permanente en el Estado Anfitrión más que

en el comercio transfronterizo, se sigue del razonamiento de la Opinión 1/94 que la Inversión Extranjera Directa no se halla en el espectro materias cubiertas por la Política Comercial Común de la Unión. Una vez más, la Unión Europea adopta un enfoque dinámico e inicial —inversión concebida como libertad de circulación y apertura del mercado— en tanto que los APPRIs se erigen como instrumentos con consecuencias a largo plazo, desplegando sus efectos más allá del momento inicial de su establecimiento.

En conclusión, la lectura conjunta de los artículos 42 y 59 del CVDT 1969, y el análisis de las marcadas diferencias de enfoque entre el TFUE y los APPRIs, podemos afirmar que la resolución de un tratado anterior en virtud de la celebración de un tratado posterior sobre la misma materia no es de aplicación por diferir ambos tratados en el alcance e intensidad en la que regulan dicha materia. Es decir, la doctrina de la Unión Europea del *acquis communautaire* no es de aplicación al presente caso porque el marco legal del Derecho de Inversiones de la Unión Europea no está suficientemente desarrollado para que sea susceptible de sustituir las disposiciones previstas típicamente en los APPRIs. A la luz de lo expuesto, podemos afirmar que la doctrina del *acquis communautaire* no es operativa, puesto que no exista nada que pueda «adquirirse».

ii) Intención (Voluntad)

Una vez establecido que la doctrina del *acquis communautaire* debe ser descartada porque la materia cubierta por ambos tratados es demasiado dispar, consideramos también, que la doctrina del *acquis communautaire* (como aplicación concreta de Derecho Europeo de la regla general por la que *lex posterior derogat lex prior*) tampoco puede ser esgrimida. La resolución de un APPRIs no puede producirse *ex lege* si existen indicadores que demuestran que la voluntad de las partes era que ambos tratados funcionaran simultánea y paralelamente. Tanto el caso *Eastern Sugar* como el caso *Eureko*[9] adujeron como ejemplos de dicha voluntad el hecho de que los Estados Miembros implicados continuaran publicando en sus páginas webs oficiales que los APPRIs intra-comunitarios todavía permanecían vigentes.

iii) Incompatibilidad

El artículo 59 de la CV 1969 se refiere a la incompatibilidad como un todo, aquélla que afecta a la totalidad del tratado. Los tribunales arbitrales de los casos *Eastern*

[9] *Eureko B.V. vs. Slovak Republic* (Corte Permanente de Arbitraje 2008-13, Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL). Laudo sobre jurisdicción, arbitrabilidad y suspensión en el que el Tribunal Arbitral se pronunció sobre las objeciones jurisdiccionales de Eslovaquia en base a su accesión a la Unión Europea.

Sugar y *Eureko* han aducido que el mero hecho de que algunas disposiciones sean incompatibles, no significa que por ello se deba invalidar el tratado previo en favor del nuevo.

La existencia de un mecanismo de resolución de diferencias no puede ser esgrimida como una incompatibilidad fundamental entre los tratados, puesto que aunque a los tribunales arbitrales no les esté permitido formular cuestiones preliminares al Tribunal Europeo de Justicia, éstos tienen la obligación de aplicar el Derecho de la Unión Europea y no pueden descartarlo a voluntad. Además, a pesar de que la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea no puede asegurarse a través del proceso de la cuestión preliminar, la uniformidad queda salvaguardada a través de los tribunales nacionales cuando éstos ejercen su competencia para la anulación de laudos. Por tanto, la existencia de los APPRIs no pone en peligro la supervivencia de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea (un principio considerado como uno de los objetivos consagrados en el Tratado de Lisboa), puesto que los tribunales nacionales podrían anularlo o rechazar su ejecución por violación de normas de orden público, entre las que se hallan las normas del Derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, debe trazarse una distinción entre los mecanismos para dirimir litigios Inversor-Estado y el arbitraje entre Estados. En los casos de arbitraje entre Estados puede llegar a violarse el principio de confianza mutua.[10] Desde el momento de la accesión a la Unión Europea, la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo prevalece. El Tribunal de la Unión Europea aclaró en el caso *MOX Plant*[11] que el artículo 344 del TFUE era una expresión específica de los Estados Miembros de «la obligación de cooperación leal derivada del artículo 4(3) del TFUE». En el caso *MOX Plant*, el Tribunal sentenció que existe un deber de cooperación que conlleva la obligación de informar y consultar a la Institución pertinente de la Unión Europea con anterioridad al inicio de un procedimiento arbitral en el marco de una convención internacional. En consecuencia, si en el caso *MOX Plant* se concluyó que Irlanda había violado el principio de confianza mutua al iniciar un procedimiento bajo el auspicio de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar; el inicio de

[10] Este principio aparece no sólo consagrado en el propio TFUE, sino que el reciente Reglamento n.° 1219/2012 sobre el establecimiento de un régimen transitorio para los acuerdos bilaterales de inversión entre los Estados Miembros y terceros países lo recoge en su artículo 6. No obstante, nótese que dicho Reglamento no es de aplicación en el caso de APPRIs celebrados entre Estados Miembros de acuerdo con el expositivo 15.

[11] Tribunal Arbitral del UNCLOS. Caso MOX Plant. http://pca-cpa.org en conjunción con el caso del Tribunal Europea C459/03 (MOX Plant) (2006) ECR I-4635. Para un análisis del caso véase: Lavranos, N. «The MOX Plant Case judgment on the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?». *European Environmental Law Review,* 2006.

un arbitraje entre Estados bajo un APPRI podrá también ser considerado un quebrantamiento del principio de mutua confianza.

De otra parte, no está claro si la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre disputas entre Estados puede ser aplicada a los casos de disputas entre inversores, principalmente porque el Derecho de la Unión Europea está dirigido, en general, a los propios Estados Miembros, como resalta el artículo 344 TFUE. El Derecho de la Unión Europea no debería obligar a ningún no firmante, como sería el caso de un inversor privado, a someterse a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[12]

Finalmente, varios de los comunicados realizados por los propios órganos de la Unión Europea confirman la validez y la existencia de los APPRIs, incluso si el objetivo de dichos comunicados es impeler a los Estados Miembros a que resuelvan eventualmente los APPRIs intra-comunitarios.

Sin embargo, la incompatibilidad debería también examinarse caso por caso para analizar si la interacción de los tratados crea una situación en la que un acto permitido en un tratado queda prohibido en otro, haciendo a un Estado miembro inevitablemente responsable puesto que, independientemente de la disposición que cumpla, estará violando la otra, y viceversa. Por ejemplo, el caso *Micula*[13] demuestra que un APPRI intra-comunitario es capaz de violar las nomas de Derecho de la Competencia Europea.

---

[12] Tal como ha sido enfatizado por el Tribunal Europeo en los casos *102/81 Nordsee* [1982] ECR 1095, paras. 10-12; *Caso C-126/97 Eco Swiss China Ltd vs. Benetton International* NV [1999] ECR I-3055 paras. 34. (Eco Swiss); *C-125/04 Denuit and Cordonier vs. Transorient* [20005] ECR I923, para 13.

[13] *Ion Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A. Starmill S.R.L and S.C. Multipack S.R.L. vs. Romania*, caso CIADI n.° Ar/05/20, Decisión sobre la Jurisdicción y la Admisibilidad (Septiembre 24, 2008 http://ita.law.uvic.ca/documents/MlculavRomaniaJurisdiction.pdf. El caso versaba sobre cuestiones de derecho de la competencia europea. En virtud del ARPI de Rumanía, este país se veía obligado a implementar un régimen contrario a los mandatos de la Unión Europea. Deberá esperarse a la decisión sobre el fondo del caso para conocer el sentir del tribunal. Sin embargo, los casos ya conocidos referentes a la interacción entre el derecho de la Unión Europea y los ARPIS no han prestado atención al encaje de ambos regímenes. En el caso *Telenor*, una reclamación surgida del ARPI entre Noruega-Hungría, el tribunal decidió que «seguía sin estar claro por qué la obligación de Hungría de asegurar la compatibilidad con la legislación de la Unión Europea era relevante para el presente caso». Véase: *Telenor Mobile Communications A.S. vs. La República de Hungría*, caso CIADI n.° Arb/04/15 Laudo (Septiembre 13, 2006), http://ita.law.u-vic.ca/documents/TelenorvHungaryAward 001-pdf, para. 50.

III. Áreas problemáticas en las que los APPRIs y el Derecho de la Unión Europea pueden entrar en conflicto

i) Expropiación

Las reclamaciones de los inversores contra los Estados antes de la década de los 50, se centraban en la reclamación por nacionalización o expropiación. La situación clásica consistía en la toma de los bienes del inversor mientras que el Estado implementaba un programa general de reforma económica sin compensar por ello al inversor. Cabe mencionar, por su trascendencia, al reciente caso de expropiación de uno de los buques insignia de la economía española, Repsol-YPF, nacionalizada por el gobierno argentino de Cristina Fernández de Kirchner en abril del 2012.

El concepto de expropiación es razonablemente claro: es una toma gubernamental de la propiedad por la que se requiere compensación. Actuaciones cercanas a la posesión directa de bienes, también pueden circunscribirse en el concepto de expropiación. Por tanto, la expropiación es legal, pero el requisito sobre la compensación hace que la legalidad sea condicional. Sin embargo, es difícil definir con precisión las situaciones cubiertas por el concepto. Las definiciones de expropiación que aparecen en los convenios son de tal generalidad que no prodigan pautas o dirección a las partes o a los tribunales arbitrales que se enfrentan a estos casos.

En ausencia de unas directrices claras y firmes, los tribunales arbitrales han desarrollado varios tests para examinar si los Estados pueden ser responsables por la expropiación, lo cual puede crear tanto oportunidades como incerteza para las partes envueltas en situaciones donde una expropiación haya ocurrido. El derecho internacional no debería ser visto, en este aspecto, como un derecho menos positivizado o más variable que el derecho nacional, que tenía como ventaja un largo periodo de desarrollo en el marco de un régimen jurisdiccional nacional.[14] Tal como Higgins observó a principios de 1980, la «realidad es que la mayoría de los sistemas nacionales han desarrollado doctrinas acerca de la toma de control de la propiedad que son de todo punto incoherentes».[15]

La expropiación puede tomar forma de diversas maneras. Aunque la definición dada por los tratados es muy general, normalmente remarcan una diferencia entre expropiación «directa» y expropiación «indirecta» (esta última, también a veces referida como expropiación *de facto*). Estas definiciones también abarcan aquellas «medidas

---

[14] McLahlan, Campbell, Laurence Shore y Mathew Weiniger. *International Investment Law Substantive Principles*, p. 267.

[15] Higgins, R. «The taking of Property by the State: Recent Developments in International Law» (1982), 176 Recueil des Cours 259, 268.

cuyos efectos son equivalentes a la expropiación». El Derecho de la Unión Europea no tiene desarrollado un marco general para regular estos aspectos tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa.[16]

ii) Cláusula de Tratamiento Nacional

La mayoría de APPRIs incluyen disposiciones que exigen que cada parte conceda al inversor extranjero el mismo tratamiento que el Estado Anfitrión le concedería a sus nacionales, disposición que está orientada a alcanzar la neutralidad de la inversión. El Derecho de la Unión Europea además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia se halla en armonía con esta cláusula, en el sentido de que implementa una prohibición sobre la discriminación basada en la nacionalidad que es uno de los principios transversales que regulan el mercado interior Europeo. Sin embargo, si el tratamiento nacional se formula como una regla sin excepciones en los APPRIs, de acuerdo con el Derecho Europeo, dicho principio está sujeto a una serie de excepciones cuyo inicio se remonta al caso *Cassis de Dijon* en 1979. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha incorporado una serie de situaciones donde una limitación a la libertad de circulación de bienes es permitida en aras a la protección de la salud pública, los consumidores o algún otro bien de interés público. Las excepciones en este campo han sido desarrolladas en el caso *Keck* (*selling arrangements*), *De Agostini, DocMorries* o *Leclerc* que han erosionado paulatinamente el artículo 43 del tratado TFUE. En cambio, no parece claro que los APPRIs contemplen tales excepciones o si los arbitrajes deberían tener en cuenta argumentos distintos a los puramente económicos.

iii) Derecho de Libre Establecimiento

La fase de pre-establecimiento se encuentra bajo el control del Estado Anfitrión puesto que la mayoría de los APPRIs condicionan el acceso al mercado y el derecho de establecimiento a las «cláusulas de admisión». Éstas son las denominadas cláusulas

[16] The extension of the common commercial policy to «foreign direct investment» (article 207.1 TFEU) confers exclusive competence on the European Union also in this area. Much, however, argues in favour of assuming that the term «foreign direct investment» only encompasses investment which serves to obtain a controlling interest in an enterprise (see TIETJE, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, 2009, pp. 15-16). The consequence of this would be that exclusive competence only exists for investment of this type whereas investment protection agreements that go beyond this would have to be concluded as mixed agreement. 60 German Constitutional Court, Lisbon Treaty, judgment of 30.6.2009, available at: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

de «mejores esfuerzos»[17] que no crean obligaciones legales para el Estado Anfitrión para asegurar el libre establecimiento de los inversores extranjeros. Esta es una de las discrepancias fundamentales entre el marco legal Europeo y los APPRIs, donde una norma del APPRI está en conflicto directo con los objetivos de los artículos (49-54) del TFUE. El Tratado del TFUE prohíbe cualesquiera restricciones al libre establecimiento en el territorio de un estado miembro. Se aplica tanto a las oficinas de representación, las filiales y las sucursales. El mero hecho de que un APPRI contenga una norma que requiere una especie de «beneplácito» del Estado Anfitrión para poder invertir es susceptible de accionar los procedimientos de sanción por infracción previstos en el artículo 258 del TFUE.

iv) Libre circulación de capital

Los APPRIs prohíben cualquier impedimento a la libre transmisión de fondos relacionados con la inversión y no contienen frecuentemente ninguna excepción sobre el particular. El artículo 63 del Tratado TFUE contiene una prohibición en el mismo sentido. Sin embargo, en virtud del artículo 64 del TFUE el Consejo puede adoptar medidas restrictivas sobre el movimiento de capitales en caso de peligrar la Unión Monetaria.[18] Además, el artículo 75 del TFUE concede también la posibilidad a la Comunidad y a los Estados Miembros de tomar medidas urgentes sobre la libertad de movimiento de capitales por razones de seguridad, tales como terrorismo o blanqueo de capitales. Evidentemente, para asegurar la efectividad de dichas medidas, éstas deben ser aplicadas uniformemente y transversalmente en todos los Estados Miembros. En este contexto, la Unión Europea empezó a evaluar la cláusula de libre circulación de capital contenida en algunos APPRIs como un obstáculo para alcanzar dicho objetivo. La Comisión Europea adujo que el hecho de que el Derecho de la Unión Europea permita explícitamente estas restricciones, mientras que los APPRIs no constituyen una incompatibilidad manifiesta entre ambos instrumentos. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre el artículo 351 del Tratado TFUE, los Estados Miembros se hallan bajo la obligación de eliminar cualquier incompatibilidad que conlleva una modificación de la obligación previa, una re-negociación o en caso de que ninguna de dichas posibilidades sea posible, la denuncia de la obligación previa. Dado que los Estados Miembros no han tomado las medidas necesarias para el reajuste y para hallarse en cumplimiento de los trata-

---

[17] Anca, Radu en «Foreign Investors in the EU - Which best treatment? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and the EU Law». In *European Law Journal,* vol. 14, n.° 2, marzo 2008, pp. 237-260.

[18] Burgstaller, Markus. «European Law Challenges to Investment Arbitration». En Waibel, Amichael y Asha Kausahl *et al* (eds.), Part IV, Chapter 19. *The Backlash against Investment Arbitration* (2010) pp. 455-482.

dos anteriores, la Comisión Europea instó procedimientos contra Suecia, Austria y Finlandia.[19]

v) Posibilidad de acudir al arbitraje como característica distintiva de los APPRIs

El sistema de resolución de conflictos incorporado en los APPRIs es uno de los pilares principales de la protección de las inversiones. Conceder a los inversores la ventaja de elevar o «deslocalizar» una disputa interna y doméstica, y en consecuencia, conseguir prevenir el sesgo potencial de unos tribunales no suficientemente independientes es esencial para asegurar la neutralidad de las inversiones.

Por tanto, los APPRIs no tan sólo conceden un trato justo y equitativo del inversor durante el tiempo de inversión en el Estado Anfitrión, sino que también establecen mecanismos especiales procesales en la forma del arbitraje. Desde este punto de vista, la cláusula de arbitraje de los APPRIs puede considerarse como la disposición esencial del tratado, puesto que es la mejor garantía para el inversor contra las infracciones del Estado Anfitrión. La Unión Europea no prodiga dicha protección.

La importancia de las cláusulas sobre resolución de conflictos han sido subrayadas por los tribunales arbitrales del CIADI en casos tales como *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España; Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina; y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina*.

Sin embargo, las instituciones europeas temen que los tribunales arbitrales puedan errar cuando apliquen o dejen de aplicar el Derecho Europeo, y con ello, comprometer la uniforme aplicación y despojarlo de su *effet utile*.[20] Además, la Unión Europea, tema que la posibilidad de acudir a arbitraje puede crear un indeseado fórum *shopping* entre los Estados Miembros.

Markus Burgstaller pone de manifiesto dos mecanismos a través de los cuales se puede asegurar la correcta aplicación del Derecho Europeo en un arbitraje de inversión.

Burgstaller considera que sería razonable conceder a los tribunales arbitrales internacionales el status de tribunales de acuerdo con el significado del artículo 267 TFEU de tal manera que pudieran plantear cuestiones preliminares en caso de que

---

[19] *Caso C-205/06, Comisión vs. República de Austria*, sentencia de 3 de marzo de 2009 [2009] ECR I01303; *Caso-118/07 Comisión vs. República de Finlandia*, sentencia de 19 de noviembre de 2009; Caso *C249/06 Comisión vs. Reino de Suecia*, sentencia de 3 de marzo de 2009.

[20] Véase nota 11.

cuestiones de Derecho Europeo surgieran durante el arbitraje.[21] Esto entraña una doble implicación. En primer lugar, el Tribunal Europeo de Justicia debería modificar su actual jurisprudencia de acuerdo con la cual un tribunal arbitral no es «un tribunal de un Estado Miembro» de acuerdo con el sentido del artículo 267 del TFEU. En segundo lugar, los tribunales arbitrales deberían estar preparados para aceptar que una cuestión preliminar del Tribunal Europeo de Justicia sería vinculante, lo cual significa la aceptación de la primacía del Derecho Europeo y el monopolio de dicho tribunal respecto de su interpretación.

La segunda opción consistiría en la intervención directa que entraría en juego durante la fase de ejecución. De acuerdo con la jurisprudencia del caso *Eco Swiss* una solicitud de anulación realizada ante un tribunal nacional debe ser concedida si el tribunal nacional considera que el laudo no ha observado las normas nacionales de orden público, lo cual incluiría el derecho de la Unión Europea.[22] Nada impide la aplicación de la *ratio decidenci* del caso *Eco Swiss* en el caso de infracciones que afectan directamente al Derecho Europeo. Sin embargo, el uso de este mecanismo queda condicionado al hecho de que nos encontramos ante un arbitraje CIADI o no.[23]

Los laudos no-CIADI están regulados normalmente por la Convención de Nueva York de 1958 lo que permitiría a los tribunales nacionales rechazar la ejecución de un laudo si se considerara incompatible con el derecho de la Unión Europea en virtud del artículo V(2) B que cubre las excepciones de orden público.

En cambio, la negativa a la ejecución de laudos del CIADI debe ser argumentada exclusivamente en las excepciones previstas en la propia convención del CIADI, por lo tanto, reduciendo las posibilidades de rechazo. De acuerdo con el artículo 53(1) de la Convención del CIADI los laudos son vinculantes para las partes y no son susceptibles de apelación excepto en aquellos casos previstos específicamente en la Convención. En consecuencia, podemos afirmar que el CIADI tiene un sistema de revisión de laudos cerrado que se extiende incluso a las fases de reconocimiento y ejecución y

---

21 El Tribunal Europeo ha enfatizado repetidamente que los tribunales arbitrales tienen la obligación de aplicar el derecho fundamental de la Unión Europea a pesar del hecho de que los tribunales arbitrales no tengan capacidad para plantear cuestiones preliminares. *Caso C126/97 Eco Swiss Time Ltd. vs. Benetton International NV*, sentencia de junio de 1999 [1999] ECR-I03055 y caso *C-168/05 Elisa María Mostaza Claro Móvil Milenium S.L.,* sentencia de 26 de octubre de 2006 [2006] ECR I-10421.

22 Landolt, Philippe. Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in Light of States' interest and in Particular in Light of EU Law Requirements, 23 *Arb Int'*63-92 (2007).

23 Schreurer, Christoph. «The ICSID Convention: A Commentary». *Cambridge University Press*, 2nd Ed. (2009) and Van den Berg, Albert Jan. «Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions»*, 2 ICSID Review 439* (1987).

ni siguiera el orden público del foro podrá presentar objeciones para resistirlo.[24] En conclusión, el reconocimiento y la ejecución de los laudos del CIADI no está sujeto al cumplimiento del Derecho europeo.

A la luz de lo anterior, el sistema del CIADI se considera como una amenaza potencial a los aspectos constitucionales de las funciones desempeñadas por el Tribunal Europeo de Justicia en la medida en la que dicho tribunal unifica las interpretaciones dispares de los distintos tribunales nacionales, lo cual podría poner en jaque los objetivos de la Unión Europea. En los casos referidos a arbitraje, es simplemente imposible asegurar la uniformidad de la jurisprudencia tan anhelada por la Unión Europea, dado que los tribunales arbitrales resuelven las disputas en base a diferentes normas. Las soluciones divergentes son inadmisibles para el Tribunal Europeo de Justicia que se considera a sí mismo como el guardián de los tratados y a quién le está encomendado velar por la no desfragmentación del derecho. No obstante, autores tales como E. Guntrip,[25] B. Simma y M. Koskenniemi,[26] defienden que dicha desfragmentación seguiría ocurriendo, incluso si el arbitraje fuera desterrado del campo de las inversiones.

Además, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha complicado todavía más la compleja matriz en la que se mueve el Derecho Internacional y el Derecho de las Inversiones al conceder a la Unión Europea competencia para la negociación y conclusión de Tratados en cuestiones de Inversión Extranjera Directa. Según el estado actual de las cosas, el convenio CIADI no está abierto a organizaciones internacionales o áreas regionales integradas como, por ejemplo, la Unión Europea.

En base a todas las razones expuestas, la creación de una Corte Europea de Inversiones que podría inspirarse en la experiencia del *Appellate Body* de la OMC emerge como una opción viable para algunos autores como medio para resolver el problema de la uniformidad de la Unión Europea, a pesar de las complicaciones burocráticas y el incremento de costes que su creación comportaría. No obstante, este hipotético tribunal podría estar más orientado hacia el derecho privado y más especializado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y todavía más importe realizaría la función a la que el arbitraje de inversiones ha sido llamado a ejercer, la deslocalización del litigio.

---

[24] *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. vs. Argentina Republic.* Caso CIADI n.° Arb/01/3 (Procedimiento de anulación).

[25] GUNTRIP, E. «The defragmentation of international Investment Law». *ESIL*, 2010, Conference Paper.

[26] KOSKENIEMI, M. y Bruno SIMMA. «Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law». *Report of study of the ILC 58th Session* A/CN 4/L.682.

PARTE II.

Regímenes arbitrales (herramientas para diálogo y debate entre la práctica arbitral y el entorno académico)

Alemania

Luis Capiel

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Alemania.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— A. Fuentes de Derecho Interno.— B. Fuentes de Derecho Internacional.— C. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Alemania.— III. La elección de Alemania como sede.— A. El convenio arbitral.— 1. Validez del convenio arbitral.— 1.1. Validez formal.— 1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 4. *Kompetenz-Kompetenz*.— 4.1. Vertiente positiva.— 4.2. Vertiente negativa.— B. El tribunal arbitral.— 1. Composición del tribunal arbitral.— 2. Constitución del tribunal arbitral.— 3. Independencia e imparcialidad de los árbitros; recusación; remoción.— C. El procedimiento arbitral.— 1. Ley aplicable al procedimiento arbitral.— 2. Igualdad de partes y derecho de ser oído.— 3. Pruebas.— 4. Acuerdos procedimentales entre las partes; facultad de dirección de los árbitros.— 5. Lugar e idioma del arbitraje.— 6. Otras reglas procedimentales.— D. Medidas cautelares.— 1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares.— 2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares.— 3. Tipo de medidas cautelares.— 4. Recurso contra medidas cautelares.— 5. Ejecución en Alemania de medidas cautelares.— 5. Ejecución en Alemania de medidas cautelares.— 5.1. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Alemania.— 5.2. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros.— E. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 1. Elección del derecho aplicable por las partes.— 2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes.— 3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— F. El laudo.— G. Los recursos contra el laudo.— 1. Petición de anulación.— 1.1. Motivos de anulación.— 1.2. Procedimiento.— 1.3. Efectos del laudo firme; ejecución de laudos domésticos.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Alemania

En todas las épocas los tribunales arbitrales han asumido en Alemania un importante papel en la resolución de disputas de Derecho Privado. El arbitraje es un fenómeno de tradición histórica, con raíces de Derecho Romano así como, en menor medida, germánicas. El Derecho común reconocía la vinculatoriedad del arbitraje y permitía la ejecución de laudos arbitrales por medio de la *actio judicati*.[1]

El arbitraje recibió una moderna regulación en el libro décimo del Código Procesal Civil de 1877.[2] Allí se establecía la arbitrabilidad de toda controversia susceptible de transacción (§ 851); no se exigía para los convenios arbitrales la forma escrita (§ 853), se permitía la sumisión a arbitraje de disputas futuras (§ 852) y se consagraba la separabilidad del convenio arbitral (§ 863); se regulaba el nombramiento, la recusación, la remoción y la sustitución de árbitros, así como el nombramiento judicial (§§ 854-858); el procedimiento arbitral podía ser determinado libremente por las partes y, en su defecto, se concedía libre discreción a los árbitros (§ 860); también se regulaba el apoyo judicial al arbitraje (§ 862); a los laudos se los dotaba de los mismos efectos que las sentencias firmes (§ 866), y la acción de anulación se circunscribía a un catálogo de motivos tasados, sin posibilidad de revisión de fondo (§ 867). La ejecución de los laudos domésticos se supeditaba a un exequátur, pudiéndose denegar el reconocimiento sólo por los motivos tasados de anulación (§ 868).

Tras la reforma de 1898 del Código Procesal Civil, en el marco de la adaptación de las leyes judiciales a la codificación del Derecho Privado,[3] la legislación de arbitraje no sufrió modificaciones de calado hasta cien años más tarde, en 1998. Entonces, entró en vigor la Ley de reforma del Derecho Arbitral,[4] que reformuló por completo el libro décimo de Código Procesal Civil («*ZPO*»),[5] orientándose en la Ley Modelo de la CNUDMI[6] sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 («*Ley Modelo*»).[7]

El legislador alemán optó por un sistema monista, es decir, sin distinción entre el arbitraje internacional y el doméstico, y sin limitación a materias de índole comer-

---

1 Münch, J. «Vor § 1025» En *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3*. C.H. Beck, 2001, en nota marginal 45.

2 C*ivilprozeßordnung*; Reichsgesetzblatt 1877, p. 83.

3 El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) entró en vigor en el año 1900.

4 *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts*, Bundesgesetzblatt I 1997, p. 3224.

5 *Zivilprozessordnung*; último texto refundido: Bundesgesetzblatt I 2005, p. 3202, con correcciones en Bundesgesetzblatt I 2006, p. 431 y Bundesgesetzblatt I 2007, p. 1781.

6 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

7 Resolución de la Asamblea General n.º 40/72 (11 de diciembre de 1985).

cial. El presente trabajo se centrará en analizar en detalle en qué medida la legislación arbitral alemana se ciñe a la Ley Modelo o se aparta de ésta.

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

A. Fuentes de Derecho Interno

Como dijimos, el arbitraje se regula en el libro décimo de la ZPO (§§ 1025-1066)[8].

B. Fuentes de Derecho Internacional

Alemania suscribió la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 («*CNY*»). Tras su ratificación la CNY entró en vigor en Alemania el 28 de septiembre de 1961.[9]

Alemania también es parte en el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, relativo a las Cláusulas de Arbitraje;[10] y en la Convención de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.[11] [12]

Asimismo, Alemania es parte en el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 («*Convenio Europeo*»),[13] y en el Acuerdo del 17 de diciembre de 1962 relativo a la aplicación del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional («*Acuerdo de París*»).[14]

Por último, Alemania ha suscrito acuerdos bilaterales que en su ámbito de aplicación material abarcan el reconocimiento de laudos u otras cuestiones relacionadas con el arbitraje, con los siguientes países: Suiza (1929), Italia (1936), Estados Unidos

---

8 Todos los §§ sin referencia explícita se refieren a la ZPO.

9 Bundesgesetzblatt II 1961, p. 122; declarada inicialmente la reserva de reciprocidad conforme a su artículo I.3, Alemania retiró dicha reserva el 31 de agosto de 1998 (Bundesgesetzblatt II 1999, p. 7).

10 Reichsgesetzblatt 1925 II, p. 47.

11 Reichsgesetzblatt II 1930, p. 1068.

12 Debido al artículo VII.2 CNY, para Alemania el Protocolo de Ginebra de 1923 sólo está vigente con Granada, Irak y Myanmar; la Convención de Ginebra de 1927 sólo con Granada y Myanmar.

13 Bundesgesetzblatt II 1964, p. 425.

14 Bundesgesetzblatt II 1964, p. 448.

de América (1954), Unión Soviética[15] (1958), Bélgica (1959), Austria (1959), Grecia (1961), Países Bajos (1962), Túnez (1966).

C. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Alemania

El Derecho Comunitario no regula el arbitraje. En particular, el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («*Reglamento Bruselas I*»)[16] no resulta aplicable al arbitraje.[17]

Sí ha tenido impacto sobre el arbitraje la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («*TJUE*»), en especial en lo relativo a la interpretación del concepto de infracción del orden público, como presupuesto de las leyes de los Estados Miembro para la anulación de laudos y la denegación de reconocimiento o ejecución de laudos. Así, por ejemplo, el TJUE ha dictaminado que las infracciones del Derecho Europeo de la Competencia,[18] o del Derecho europeo de Protección de los Consumidores y Usuarios,[19] han de ser consideradas por los tribunales de justicia nacionales como una violación del orden público.

III. La elección de Alemania como sede

A. El convenio arbitral

Las partes son libres de acordar la ley aplicable al convenio arbitral.[20] A falta de acuerdo, la ley aplicable es la de la sede del arbitraje.[21]

---

15 Se mantiene vigente con la Federación Rusa, pero no, en opinión de la República Federal de Alemania, con otros Estados sucesores de la Unión Soviética; *vid.* Gottwald, P. «Art. 8 Dt.-Sowj. Abk.», en *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3*, C.H. Beck, 2001, en notas marginales 1-2.

16 DO L n.º 12 de 16.01.2001, p. 1; ni tampoco su sucesor, el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L nº 351, de 20.12.2012, p. 1.

17 Conforme a su artículo 1, nº 2, letra d).

18 *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, asunto C-126/97, sentencia de 1 de junio de 1999.

19 *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L.*, asunto C-168/05, sentencia de 26 de octubre de 2006.

20 *Vid. infra*, § 1059.2 1. a), transcrito en el ¶ 95.

21 *Vid.* artículo V.1 a) CNY; a falta de acuerdo sobre la ley aplicable al convenio arbitral y a falta de acuerdo sobre (o de determinación de) la sede del arbitraje, son de aplicación las normas de conflicto del Estado del tribunal que conoce de la cuestión.

1. Validez del convenio arbitral

1.1. Validez formal

El apartado segundo del § 1029, al igual que el artículo 7.1 de la Ley Modelo, admite dos modalidades para el convenio arbitral:

> § 1029. Definición
> […]
> 2) Un acuerdo de arbitraje podrá suscribirse en forma de un acuerdo independiente (compromiso arbitral) o en forma de una cláusula en un contrato (cláusula compromisoria de arbitraje).

Los apartados 1, 3 y 6 del § 1031 establecen requisitos formales para la validez de los convenios arbitrales:

> § 1031. Forma del acuerdo de arbitraje
> 1) El acuerdo de arbitraje deberá estar consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo.
> […]
> 3) Si un contrato que cumple los requisitos de forma de los apartados 1 ó 2 incluye una referencia a un documento que contenga una cláusula de arbitraje, ello constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
> […]
> 6) El defecto de forma quedará subsanado si se realizan alegaciones de fondo en el procedimiento arbitral.

Estos requisitos coinciden sustancialmente con los que propone el artículo 7.2 de la Ley Modelo. Sin embargo, en dos supuestos el § 1031 relaja los requisitos de forma más allá de la Ley Modelo:

(i) Por una parte el apartado 2 establece:

> 2) La forma del apartado 1 se entenderá cumplida si el acuerdo de arbitraje se incluye en un documento comunicado por una parte a la otra o por un tercero a ambas partes, y conforme a los usos comerciales el contenido del documento se estime incorporado al contrato en caso de no interponerse una objeción en tiempo oportuno.

Este precepto apunta principalmente a la carta de confirmación comercial (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*), un uso comercial alemán según el cual el conteni-

do de una carta de confirmación de los términos negociados verbalmente se estima aceptado por la contraparte a no ser que ésta objete sin demora.[22]

(ii) Por otra parte, el apartado 4 establece una regla que obedece a la práctica de derecho marítimo de hacer referencia en los conocimientos de embarque a los términos del contrato de fletamento:

> 4) Un acuerdo de arbitraje se conformará también mediante la entrega de un conocimiento de embarque en el que se haga referencia expresa a la cláusula de arbitraje contenida en un contrato de fletamento.

Por último, el apartado 5 establece requisitos más estrictos para los contratos con consumidores:

> 5) Un acuerdo de arbitraje del cual de parte un consumidor, debe contenerse en un documento firmado por las partes de su propia mano. La forma escrita según el apartado 1 podrá sustituirse por la forma electrónica conforme al § 126ª del Código Civil. El documento o el documento electrónico no podrá contener más estipulaciones que aquellas referidas al procedimiento arbitral; esto no se aplica en caso de formalización en escritura pública.

1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad

El convenio arbitral se define en el § 1029:

> § 1029. Definición
> 2) Acuerdo de arbitraje es un acuerdo de las partes de someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.
> […]

Esta definición legal, que no varía con respecto a la que propone el artículo 7.1 de la Ley Modelo, comporta como requisito para la validez del convenio arbitral que la relación jurídica de la que haya surgido o pudieran surgir las controversias esté determinada o sea determinable.[23]

---

[22] MÜNCH, J. «§ 1031». En *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3*, C.H. Beck, 2001, en nota marginal 16.

[23] No rige el requisito de determinación, en el ámbito de aplicación del Convenio Europeo, cuyo artículo I no contiene tal requisito.

El § 1030 regula la arbitrabilidad de la controversia:

> § 1030. Arbitrabilidad
> 1) Toda pretensión de derecho patrimonial puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje. Un acuerdo de arbitraje sobre pretensiones de derecho no patrimonial tendrá eficacia jurídica en tanto las partes estén facultadas para transigir sobre el objeto de la controversia.
> 2) No es eficaz un acuerdo de arbitraje sobre controversias referidas a la existencia de arrendamiento de vivienda en el territorio nacional. […]
> 3) No se verán afectadas las disposiciones legales establecidas fuera de este libro, en virtud de las cuales determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o lo sean sólo bajo determinados requisitos.

Las pretensiones patrimoniales pueden ser objeto de un convenio arbitral sin limitación más que aquellas disposiciones legales que determinen su inarbitrabilidad o establezcan requisitos adicionales.[24] En particular, son arbitrables las controversias sobre alimentos entre parientes y entre cónyuges, las acciones de separación y reintegración concursal, las acciones de responsabilidad de los fundadores de sociedades de capital, la acción social de responsabilidad de los administradores, la impugnación de acuerdos sociales, así como las controversias de derecho de la competencia.[25]

La única materia excluida expresamente, en el apartado 2, es el arrendamiento de vivienda.[26]

La arbitrabilidad de pretensiones no patrimoniales se supedita a su transigibilidad, quedando excluidas, en particular, las controversias en materia de matrimonio y filiación.[27]

Por lo demás, la validez sustantiva del convenio arbitral se rige por los mismos criterios que la de cualquier otro contrato de Derecho Privado.

---

[24] Por ejemplo: conforme al § 37 de la Ley sobre el comercio de valores (*Wertpapierhandelsgesetz*), las controversias futuras sobre transacciones bursátiles sólo pueden ser sometidas a arbitraje por comerciantes o personas jurídicas de derecho público; tampoco son arbitrables las controversias sobre la declaración de nulidad y la revocación de patentes así como sobre licencias obligatorias, conforme al § 81 de la Ley de patentes (*Patentgesetz*).

[25] Vorr, W. «§ 1030». En Musielak, H.J. (editor) *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Franz Vahlen, 2005, en nota marginal 2.

[26] Con ciertas excepciones, no transcritas aquí.

[27] Vorr, W. «§ 1030». En Musielak H.J. (editor) *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Franz Vahlen, 2005, en nota marginal 6.

2. Separabilidad del convenio arbitral

En el § 1040 se adoptan las reglas del artículo 16 de la Ley Modelo sobre la separabilidad del convenio arbitral:

> § 1040. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia
> 1) El tribunal arbitral podrá decidir acerca de su propia competencia y, en relación con esto, sobre la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.
> [...]

En consecuencia, los vicios del contrato no afectan automáticamente al convenio arbitral. Así se aclara explícitamente en la tercera oración del apartado primero del artículo 26 de la Ley Modelo: «La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria». Que en la legislación alemana no se incluyera esta aclaración, que no hace más que ilustrar la regla de separabilidad ya fijada en la oración anterior, no significa, por supuesto, menoscabo alguno a la regla de separabilidad, que tiene el mismo alcance que en la Ley Modelo.

3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

En principio, el convenio arbitral sólo vincula a las partes del mismo. Sin embargo, en caso de cesión de crédito, sucesión o concurso de acreedores, el cesionario, el sucesor o el administrador concursal, respectivamente, quedan vinculados por el convenio arbitral.[28]

4. *Kompetenz-Kompetenz*

4.1. Vertiente positiva

> § 1040. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia
> 1) El tribunal arbitral podrá decidir acerca de su propia competencia y, en relación con esto, sobre la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

[28] Voit, W. «§ 1029». En Musielak, H.J. (editor). *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*. Franz Vahlen, 2005, en nota marginal 8.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Una parte no se verá impedida de oponer la excepción por el hecho de haber designado un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en ambos casos, estimar la excepción interpuesta más tarde si la parte justifica suficientemente la demora.
3) Si el tribunal arbitral se considera competente, resolverá sobre una excepción del apartado 2, por regla general, como cuestión previa. En tal caso, cualquiera de las partes, en el plazo de un mes desde la comunicación escrita de la resolución, podrá solicitar una decisión judicial. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones arbitrales y dictar laudo.

Como hemos visto, el artículo 16 de la Ley Modelo ha sido transpuesto en el § 1040. Así se consagra, además de la regla de separabilidad, también el principio de *kompetenz-kompetenz*, en su vertiente positiva: «El tribunal arbitral podrá decidir acerca de su propia competencia».

4.2. Vertiente negativa

§ 1032. Acuerdo de arbitraje y demanda ante los tribunales
1) Si se interpusiera demanda ante un tribunal estatal sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, el tribunal rechazará la demanda como inadmisible, en tanto que el demandado invoque esto antes del inicio de la audiencia sobre el fondo, a menos que el tribunal compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.
2) Hasta la constitución del tribunal arbitral podrá solicitarse ante los tribunales que se declare la procedencia o improcedencia de un procedimiento arbitral.
3) Si se ha entablado una de las acciones a que se refieren los apartados 1 ó 2, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Los apartados primero y tercero contienen las disposiciones del artículo 8 de la Ley Modelo. Sin embargo, se modifica el último momento procesal para formular la excepción de arbitraje. Mientras que la Ley Modelo lo fija «en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio» la ZPO permite invocar el convenio arbitral hasta el inicio de la audiencia sobre el fondo.

El alcance del control del convenio arbitral por parte de los tribunales estatales se define en los términos del artículo II.3 de la Convención de Nueva York: «a menos que el tribunal compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

Conforme a Derecho alemán, el principio de *kompetenz-kompetenz* no despliega un efecto negativo, en el sentido de limitar la competencia de los tribunales estatales de conocer sobre la validez y/o el alcance *ratione personae* o *ratione materiae* de un convenio arbitral, a la hora de decidir sobre una excepción (o declinatoria) de arbitraje,[29] como sí es el caso en Francia y Suiza.[30] Se considera que una decisión de los tribunales estatales sobre la excepción de arbitraje es vinculante y tiene fuerza de cosa juzgada, por lo que el control por parte de la jurisdicción estatal no puede estar limitado.

La ZPO prevé incluso, explícitamente, que los tribunales estatales[31] conozcan de la validez y el alcance de un convenio arbitral, en un proceso meramente declarativo sobre la «procedencia o improcedencia de un procedimiento arbitral». Este proceso, regulado en el apartado segundo del § 1032, queda limitado a la etapa anterior a la constitución del tribunal arbitral, lo que supone una cierta deferencia al principio de *kompetenz-kompetenz*, en su vertiente negativa.[32]

Merece mención en este contexto, que la legislación alemana también ha adoptado el principio de intervención mínima de los tribunales estatales, que recoge el

---

[29] Sí puede afirmarse que el principio de *kompetenz-kompetenz* despliega un efecto negativo en el marco del nombramiento judicial de árbitros, *vid. infra*, ¶ 41.

[30] LEW, J.D.M., L.A. MISTELIS & S.M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer, 2003, pp. 347-348; CAPIEL, L. «El principio de *kompetenz-kompetenz* en España». *Spain Arbitration Review*, pp. 97-128, en pp. 102-104.

[31] Conforme al § 1062.1, número 2, es competente el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje.

[32] Curiosamente, el término alemán *kompetenz-kompetenz* fue acuñado por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), que reconocía una cláusula por medio de la cual las partes atribuían a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia. El tribunal supremo alemán la denominaba *Kompetenz-Kompetenz-Klausel*, y la concebía como cláusula arbitral accesoria (a aquélla que sometía a arbitraje las cuestiones de fondo), que sometía a arbitraje la cuestión de la competencia. No se exigía que tal cláusula fuera explícita y el *Bundesgerichtshof* era generoso a la hora de hallar cláusulas tácitas de *kompetenz-kompetenz*. El efecto que se atribuía a la *Kompetenz-Kompetenz-Klausel* no era sólo el de limitar el control estatal en la etapa previa al laudo a una revisión *prima facie* y aplazar el control pleno a la fase de anulación del laudo (como está configurado hoy el sistema francés), sino que se excluía por completo la competencia de los tribunales estatales. Tras la reforma del año 1998 no se consideran válidas estas cláusulas. *Vid.* CAPIEL, L. «El principio de *kompetenz-kompetenz* en España». *Spain Arbitration Review*, pp. 97-128, en pp. 112-113.

artículo 5 de la Ley Modelo, limitando de manera general la intervención estatal a los casos tasados en la ley:

> § 1026. Alcance de la intervención jurisdiccional
> En los asuntos que se rijan por los §§ 1025 a 1061, los tribunales estatales sólo podrán intervenir en tanto el presente libro lo prevea.

B. El tribunal arbitral

1. Composición del tribunal arbitral

> § 1034. Composición del tribunal arbitral
> 1) Las partes podrán acordar el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, el número de árbitros será tres.
> 2) Si respecto de la composición del tribunal arbitral, el convenio arbitral diera una preponderancia a una parte que perjudique a la otra parte, esta última podrá solicitar al tribunal estatal que nombre al árbitro o los árbitros de forma distinta al nombramiento efectuado o al régimen de nombramiento pactado. La solicitud debe presentarse como muy tarde en el plazo de dos semanas desde que la parte hubiera tenido conocimiento de la composición del tribunal. El § 1032.3 se aplica análogamente.

El apartado 1 recoge las reglas del artículo 10 de la Ley Modelo, mientras que el apartado 2 contiene reglas que emanan del principio de imparcialidad de la administración de justicia y prohíben la preponderancia de una de las partes en lo que a la composición del tribunal arbitral respecta.

Éste es el caso si el convenio arbitral confiere a una de las partes la facultad de designar por sí sola al árbitro único, o a la mayoría de los árbitros de un tribunal arbitral plural. Nulas se consideran las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratación que establezcan de antemano quién será el árbitro único.[33] La nulidad conlleva que el nombramiento de árbitros no ha de llevarse a cabo de acuerdo con el § 1034.2 sino de acuerdo con las reglas legales aplicables por defecto (*vid. infra*, ¶ 0).

Sólo se prohíbe que la preponderancia de una de las partes se pacte de antemano. Por consiguiente, son lícitas aquellas cláusulas que otorgan a las partes la facultad de suplir la designación de la otra parte que no hiciere uso de su derecho de designación

[33] OLG Celle, Beschl. v. 4.11.1999, OLG-Report 2000, 57.

en plazo, o aquellas que en tales casos permiten que el árbitro designado por una sola parte actúe como árbitro único, como no es inusual en el ámbito anglosajón.[34]

La ley alemana no establece que el número de árbitros hubiera de ser impar.

2. Constitución del tribunal arbitral

§ 1035. Nombramiento de árbitros

1) Las partes podrán acordar el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros.
2) Mientras las partes no hayan acordado algo distinto, una parte queda vinculada al nombramiento del árbitro que esa parte haya efectuado, tan pronto como la otra parte haya recibido la comunicación sobre ese nombramiento.
3) A falta de acuerdo entre las partes sobre el nombramiento de los árbitros, un árbitro único será nombrado a instancia de parte por el tribunal estatal, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro; estos dos árbitros designarán al tercer árbitro, el cual actuará como presidente del tribunal arbitral. Si una parte no nombra el árbitro dentro de un mes desde el recibo de un requerimiento a tal efecto de la otra parte, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de un mes contado desde su nombramiento, la designación del árbitro será hecha, a instancia de parte, por el tribunal estatal.
4) Si las partes hubieran convenido un procedimiento de nombramiento y una parte no actuara conforme a ese procedimiento, o las partes, o los dos árbitros, no pudieran llegar a un acuerdo conforme a ese procedimiento, o un tercero no cumpliera una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal estatal que adopte la medida necesaria, a menos que el procedimiento de nombramiento pactado prevea otros medios para asegurar el nombramiento.
5) Al nombrar un árbitro, el tribunal estatal tendrá en cuenta todas las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y todos los aspectos que garanticen el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Para el nombramiento de un árbitro único o de un tercer árbitro, el tribunal tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes.

[34] BGHZ 98, 70.

Los apartados 1, y 3 a 5, del § 1035 adoptan con mayor o menor fidelidad los apartados 2 a 5 del artículo 11 de la Ley Modelo. Se omite, sin embargo, el contenido del primer apartado de ésta, conforme al cual «[s]alvo acuerdo en contrario de las parte, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro». A su vez se añade un apartado 2 que dicta la vinculatoriedad de la designación una vez comunicada a la contraparte, una regla que ya establecía la ley alemana antes de la reforma de 1998.

Para el nombramiento judicial de árbitros la ZPO no se pronuncia sobre la cuestión del alcance del control de la validez del convenio arbitral y su aplicabilidad a la controversia. Sin embargo, existe jurisprudencia que limita ese control a una revisión *prima facie*, rechazándose el nombramiento judicial sólo en casos de invalidez manifiesta.[35] Aquí se dota de un efecto negativo al principio de *kompetenz-kompetenz*. Acorde, las decisiones *prima facie* adoptadas en el marco del nombramiento judicial de árbitros, sobre la validez del convenio arbitral y su aplicabilidad a la controversia, no tienen efecto de cosa juzgada.

Por el contrario, los apartados 3 y 4 del § 1035 reciben una interpretación según la cual el nombramiento de árbitros puede impugnarse ante los tribunales estatales,[36] sin necesidad de esperar hasta la impugnación del laudo en sede de anulación, lo cual evidencia una actitud no desfavorable a la intervención de los tribunales estatales en el arbitraje.

Para el nombramiento judicial de árbitros es competente, conforme al § 1062.1, número 1, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje.

3. Independencia e imparcialidad de los árbitros; recusación; remoción

§ 1036. Recusación de un árbitro

1) La persona, a quien se le plantee el cargo de árbitro, deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de su imparcialidad o independencia. Asimismo tras su nombramiento y hasta la finalización del procedimiento arbitral, el árbitro deberá revelar sin demora tales circunstancias a las partes, cuando no las hubiera comunicado ya anteriormente.
2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia,

[35] BayObLG, Beschl. v. 4.6.1999, BB 1999, 1785; BayObLG, Beschl. v. 13.8.1998 (Az. 4 Z SchH 1/98); BayObLG, Beschl. v. 15.12.1999, EWiR § 1034 ZPO 1/2000, 359.

[36] RGZ 47, 401; RGZ 53, 3; KG OLG Rspr. 33, 147.

> o si no cumpliera las condiciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.
>
> § 1037 Procedimiento de recusación
> 1) Sin perjuicio del apartado 3, las partes podrán acordar un procedimiento de recusación de un árbitro.
> 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro expondrá al tribunal arbitral por escrito los motivos para la recusación, dentro de dos semanas desde que tuviera conocimiento de la composición del tribunal arbitral o de una circunstancia mencionada en el § 1036.2. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre la recusación.
> 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del apartado 2, la parte recusante podrá pedir al tribunal estatal, dentro de un mes de tener conocimiento de la decisión por la que se rechaza la recusación, que decida sobre la recusación; las partes podrán acordar un plazo distinto. Mientras esta petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Al igual que en la Ley Modelo, el deber de los árbitros de ser y mantenerse independientes e imparciales se presupone, al establecerse un deber de revelación de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su independencia o imparcialidad; y al constituir éstas, si son justificadas, un motivo de recusación. A diferencia del artículo 12.1 de la Ley Modelo, que sólo impone un deber de revelación de «todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas **justificadas** acerca de su imparcialidad o independencia»,[37] el deber de revelación de la ZPO es más estricto, en tanto no se limita a las dudas justificadas. Un supuesto que dé lugar a un deber de revelación, por tanto, no conlleva automáticamente la estimación de la recusación, sino que adicionalmente ha de constatarse que las dudas estén justificadas.

Por lo demás, los motivos y el procedimiento de recusación se regulan de manera idéntica a la Ley Modelo (artículos 12 y 13).[38]

---

[37] Énfasis añadido.

[38] Los plazos se adaptan al sistema de plazos de la ZPO: los treinta y quince días pasan a ser un mes y dos semanas, respectivamente; además se aclara que las partes podrán acordar plazos distintos.

Igualmente, los §§ 1038 y 1039 regulan la remoción de árbitros por falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones y el nombramiento de árbitro sustituto, en consonancia con los artículos 14 y 15 de la Ley Modelo.[39]

Para las decisiones sobre la procedencia de la recusación y remoción es competente, conforme al § 1062.1, número 1, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje.

C. El procedimiento arbitral

1. Ley aplicable al procedimiento arbitral

La ley aplicable al procedimiento arbitral se rige por lo dispuesto en el apartado 1, letra d), del artículo V de la CNY:

> Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
> […]
> d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje […].

De ello se deduce que las partes pueden elegir la ley aplicable. En la práctica, muy raramente las partes elegirán una ley nacional aplicable al procedimiento arbitral distinta de aquélla de la sede del arbitraje. A lo sumo acordarán ciertos aspectos puntuales del procedimiento o se remitirán a reglamentos de arbitraje institucionales (*vid. infra*, ¶ 0). En todo caso, a falta de acuerdo de las partes, la ley aplicable al procedimiento arbitral con sede en Alemania es la ley de la República Federal de Alemania.

2. Igualdad de partes y derecho de ser oído

> § 1042 Reglas procedimentales generales
> 1) Deberá tratarse a las partes con igualdad. A cada parte ha de concedérsele audiencia.
> 2) Los abogados no podrán ser excluidos como apoderados.
> […].

[39] La inapelabilidad de la decisión sobre la cesación del mandato se establece en el § 1065.1.

Al igual que el artículo 18 de la Ley Modelo, al apartado primero del citado parágrafo consagra los principios de igualdad y de audiencia. Son éstos, principios fundamentales del estado de derecho, y forman, por tanto, parte del orden público. Son, asimismo, pilares irrenunciables del procedimiento arbitral.

Concretamente, la jurisprudencia alemana ha entendido que estos principios exigen, por ejemplo, que las manifestaciones de una parte le sean comunicadas a la otra,[40] y que, tantas veces como el procedimiento dé lugar a ello, se les brinde a ambas partes de igual manera la oportunidad de realizar las alegaciones que estimen convenientes,[41] ante el tribunal arbitral completo,[42] y de tal forma que puedan influenciar las decisiones de éste;[43] de contestar a todas las alegaciones relevantes de la contraparte; de manifestarse sobre todas las cuestiones que a juicio del tribunal arbitral fueran relevantes para su decisión;[44] de proponer prueba y de que ésta, si es pertinente, se practique;[45] de participar en la práctica de la prueba[46] y de pronunciarse sobre el resultado de la misma (salvo que el tribunal arbitral no base su decisión sobre ésta).[47]

El apartado 2 del § 1042 prohíbe la exclusión de los abogados. Esta norma es de derecho imperativo, por lo que cualquier parte podrá optar en todo momento por ser representada por un abogado, incluso si existiera pacto en contrario.

3. Pruebas

> § 1042 Reglas procedimentales generales
> […]
> 4. […] El tribunal arbitral está facultado para resolver sobre la admisibilidad de la prueba, para practicarla, y para valorar libremente su resultado.

Esta norma, que encuentra su equivalente en el artículo 19.2 de la Ley Modelo, confiere amplias facultades al tribunal arbitral, el cual podrá acordar de oficio la práctica de determinada prueba y practicarla libremente. El tribunal

---

40 OLG Hamburg MDR 1965, 54.
41 BGH ZZP 71, 430; BGHZ 31, 43; 85, 288.
42 OLG Hamburg ZZP 54, 124.
43 BGHZ 48, 327; BGH NJW 1978, 1114, 1115; RG HRR 1935, 304.
44 RG HRR 1932, 180; BGHZ 85, 288; BGH NJW-RR 1993, 444 ss.; OLG Hamburg, Beschl. v. 14.5.1999, OLG-Report 2000, 19.
45 OLG Hamburg RPS BB Beil. 3/97 p. 20.
46 BGHZ 3, 215.
47 BGHZ 3, 217.

arbitral también podrá valerse de su propia pericia sin necesidad de nombrar a un perito.[48]

> § 1049. Perito nombrado por el tribunal arbitral
> 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para la presentación de dictamen pericial sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral. También podrá solicitar a una parte que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección, o proporcione acceso, a todos los documentos u objetos pertinentes.
> 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito y oral, deberá participar en una audiencia. En la audiencia las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre las cuestiones controvertidas.
> 3) Al perito nombrado por el tribunal arbitral le serán de aplicación análoga los §§ 1036 y 1037, apartados 1 y 2.

Los 1 y 2 del citado § 1049 son casi idénticos al artículo 24 de la Ley Modelo. Adicionalmente, el apartado tercero dispone que le son de aplicación a los peritos nombrados por el tribunal arbitral las reglas sobre la recusación de árbitros.

Los árbitros no pueden ordenar con eficacia obligatoria la comparecencia de testigos o peritos, ni tomarles juramento. En tales y otros casos semejantes, de falta de potestades, el tribunal arbitral puede solicitar asistencia a los tribunales estatales:[49]

> § 1050. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas y otros actos judiciales
> El tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir la asistencia de un tribunal estatal para la práctica de pruebas o la realización de demás actuaciones judiciales para las que el tribunal arbitral no esté autorizado. El tribunal estatal tramitará la solicitud, en tanto no la considere inadmisible conforme sus propias normas procedimentales que rigen la práctica de pruebas y las demás actuaciones judiciales. Los árbitros están facultados para participar en la práctica judicial de la prueba y para hacer preguntas.

---

48 BayObLG, Beschl. v. 15.12.1999.

49 Es competente, conforme al § 1062.4, el juzgado de primera instancia (*Amtsgericht*) del distrito donde se hubiera de realizar la actuación judicial.

Este precepto va más allá del artículo 27 de la Ley Modelo, en tanto que las actuaciones judiciales de apoyo no se limitan a la práctica de pruebas, y que se establece un derecho de los árbitros a intervenir en la práctica judicial de pruebas.

4. Acuerdos procedimentales entre las partes; facultad de dirección de los árbitros

> § 1042 Reglas procedimentales generales
> […]
> 3) Por lo demás, con sujeción de las disposiciones imperativas de este libro, las partes podrán regular el procedimiento por sí mismas o mediante la remisión a un reglamento arbitral.
> 4) En tanto no exista acuerdo, y este libro no contenga ninguna regla, las reglas procedimentales serán determinadas discrecionalmente por el tribunal arbitral. […].

El citado apartado 3, al igual que el artículo 19.1 de la Ley Modelo, consagra la libertad de las partes de estipular el procedimiento arbitral y aclara que podrán hacerlo mediante remisión a un reglamento arbitral.[50] Las partes no podrán, empero, apartarse de los apartados primero (principios de igualdad y de audiencia) y segundo (prohibición de la exclusión de los abogados); además, quedan sujetas a las disposiciones imperativas del libro décimo de la ZPO. No son válidos, por tanto, los acuerdos contrarios al orden público o a la moral (motivo de anulación del § 1059.2, número 2, literal b).

El artículo 19.1 de la Ley Modelo es más restrictivo en tanto que establece la sujeción de las partes a las disposiciones a la (respectiva) legislación arbitral, sin limitación a aquéllas de carácter imperativo. Si bien la Ley Modelo prevé para la amplia mayoría de sus reglas procedimentales que las partes puedan acordar otra cosa, ello no es el caso de los artículos 23 (demanda y contestación) y 27 (práctica judicial de pruebas), de los que las partes no podrán desviarse. En cambio, la ley alemana sí permite que las partes alcancen pactos distintos en lo que a estas cuestiones se refiere.

El citado apartado cuarto, al igual que el artículo 19.2 de la Ley Modelo, otorga a los árbitros la facultad discrecional de dirigir el procedimiento, en tanto no exista acuerdo de las partes o disposiciones legales.

---

[50] La Ley Modelo utiliza una técnica distinta con el mismo resultado, en tanto que en su artículo 2 e) se equiparan de manera general los acuerdos de parte con las reglas de los reglamentos arbitrales a los que se hubieran remitido las partes.

5. Lugar e idioma del arbitraje

En cuanto al «lugar del arbitraje» el § 1043 dispone lo siguiente:

> § 1043 Lugar del arbitraje
> 1) Las partes podrán pactar el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje. Para ello se atenderán las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia del lugar para las partes.
> 2) Sin prejuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para una vista oral, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, para la deliberación entre sus miembros, o para examinar objetos o documentos.

En la citada norma se han incorporado las disposiciones del artículo 20 de la Ley Modelo, adoptándose la misma terminología, desafortunada, que no distingue claramente entre la sede del arbitraje y el lugar en que se llevan a cabo las actuaciones. Este último lo eligen las partes, y en su defecto, los árbitros, en función de consideraciones prácticas (infraestructura, accesibilidad para las partes, sus abogados, los testigos y peritos, así como los miembros del tribunal arbitral, etc.), conforme a los respectivos apartados 2 del § 1043 y de su equivalente, el artículo 20 de la Ley Modelo. Podrán elegirse diferentes lugares para distintas actuaciones, muchas de las cuales podrán incluso desvincularse de un lugar en concreto, haciéndose uso de medios como videoconferencias o conferencias telefónicas, etc. En cambio, la sede del arbitraje, a la que los respectivos apartados 1 se refieren como «*lugar del arbitraje*», es un concepto puramente legal, que puede no guardar relación alguna con el lugar o los lugares donde se desarrolle físicamente el procedimiento arbitral.

En cuanto al idioma del arbitraje, el § 1045 transpone fielmente el artículo 22 de la Ley Modelo:

> § 1045 Idioma de las actuaciones
> 1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral lo determinará. El acuerdo de las partes o la determinación del tribunal arbitral será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a los escritos de las partes, a las audiencias, y a laudos, demás decisiones y otras comunicaciones del tribunal arbitral.
> 2) El tribunal arbitral podrá ordenar que pruebas documentales vayan acompañadas de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

6. Otras reglas procedimentales

> § 1027 Pérdida del derecho de objetar
> Si alguna disposición del presente libro de la que las partes puedan apartarse o algún requisito pactado para el procedimiento arbitral, no fuera cumplida, la parte que no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, no podrá invocarlo posteriormente. Esto no se aplica cuando la parte no hubiera conocido el incumplimiento.

Esta disposición transpone el artículo 4 de la Ley Modelo, remplazando la técnica de la presunción absoluta por la preclusión.

El § 1028 establece la ficción de recepción de comunicaciones escritas en consonancia con el artículo 3 de la Ley Modelo.

Los §§ 1046, 1047 y 1048 regulan la demanda y la contestación, las audiencias y actuaciones por escrito, así como la rebeldía de una de las partes, en línea con los artículos 23, 24 y 25 de la Ley Modelo, respectivamente.

D. Medidas cautelares

1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares

La legislación arbitral alemana también sigue el patrón de la Ley Modelo en lo que a medidas cautelares se refiere (artículos 9 y 17 de la Ley Modelo).

> § 1033 Acuerdo de arbitraje y medidas provisionales judiciales
> Un acuerdo de arbitraje no excluye que un tribunal estatal, antes o después de comienzo de las actuaciones arbitrales, ordene a instancia de una parte medidas provisionales o de aseguramiento respecto al objeto litigioso del procedimiento arbitral.

> § 1041 Medidas provisionales
> 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una parte, ordenar medidas provisionales o de aseguramiento que estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.
> 2) El tribunal estatal podrá admitir a instancia de parte la ejecución de una medida provisional según el apartado primero, en tanto que no

> haya sido solicitada ya ante un tribunal estatal una medida provisional análoga. […]
>
> […]

Con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, la jurisdicción estatal es competente para ordenar medidas cautelares. Una vez constituido el tribunal arbitral, tanto éste como la jurisdicción estatal están facultados, de manera concurrente, para ordenar medidas cautelares. A diferencia de la Ley Modelo, el apartado 2 del § 1041 establece una prioridad de los tribunales estatales, una vez se hubiera acudido a éstos. Con ello se busca evitar decisiones contradictorias entre los tribunales estatales que ordenan y aquéllos que ejecutan medidas cautelares.

Una vez decidida por un tribunal estatal una solicitud de adopción de una medida cautelar, la parte que no hubiera resultado favorecida no podrá acudir al tribunal arbitral por la misma cuestión. Si bien las decisiones provisionales, naturalmente, no adquieren fuerza de cosa juzgada, sí despliegan un efecto *cuasi*-vinculante.

Conforme al § 1041.1 las partes pueden excluir la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares

Los presupuestos procesales para la adopción de medidas cautelares por los árbitros se rigen por las normas procesales aplicables. En arbitrajes con sede en Alemania, las normas procesales aplicables las podrán acordar las partes (generalmente por remisión a un reglamento de arbitraje) y, en su defecto, los árbitros (*vid. supra*, ¶¶ 0-59). El derecho procesal alemán se basa, en lo que a medidas cautelares se refiere, en los requisitos del Derecho Romano, de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Con independencia de las normas procesales aplicables, deberán cumplirse los presupuestos generales para cualquier medida por parte de árbitros (convenio arbitral válido, arbitrabilidad, constitución válida del tribunal arbitral, etc.).

El tribunal arbitral podrá exigir caución suficiente al solicitante. También podrá permitir a la parte que se oponga a la medida cautelar, evitar que ésta se lleve a cabo mediante prestación de caución suficiente.

3. Tipo de medidas cautelares

No existe un *numerus clausus* de tipos de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por los árbitros.[51] En particular, no es necesario que las medidas encuentren encaje en el Derecho alemán. Sin embargo, los árbitros deberán asegurarse de que la medida sea ejecutable en la jurisdicción (o las jurisdicciones) en que la medida cautelar hubiera de ejecutarse.

4. Recurso contra medidas cautelares

La decisión por la que el tribunal arbitral adopta una medida cautelar no es recurrible.

5. Ejecución en Alemania de medidas cautelares

5.1. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Alemania

El § 1041 complementa las reglas de la Ley Modelo, en tanto que contiene disposiciones sobre la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral:

> § 1041 Medidas provisionales
> […]
> 2) El tribunal estatal podrá admitir a instancia de parte la ejecución de una medida provisional según el apartado 1, en tanto que no haya sido solicitada ya ante un tribunal estatal una medida provisional análoga. Podrá formular la orden de manera distinta, cuando ello fuera necesario para la ejecución de la medida.
> 3) A instancia de parte el tribunal estatal podrá revocar o modificar el auto dictado conforme al apartado 2.
> 4) Si la adopción de la medida conforme al apartado 1 resultara injustificada *ab initio*, la parte que hubiera promovido su ejecución deberá indemnizar a la contraparte los daños y perjuicios que le hubiera causado la ejecución de la medida o el haber prestado una garantía para evitar la ejecución. El derecho podrá reclamarse en el procedimiento arbitral pendiente.

Para la admisión de la ejecución es competente, conforme al § 1062.1, número 3, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje.

---

[51] Schlosser, P. «§ 1041», en Stein F. & M. Jonas (editores). *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 9*, Mohr Siebeck, 2002, en nota marginal 2.

Al decidir sobre la admisión de la ejecución, el tribunal estatal no realizará un control del fondo de la decisión arbitral. Ello vaciaría de sentido la decisión previa del tribunal arbitral y supondría una dilación, contraria a la situación de urgencia que da lugar a la tutela cautelar. No obstante, el tribunal estatal sí ostenta una cierta discrecionalidad respecto de la admisión de la ejecución. En primer lugar, deberá confirmar la existencia de un convenio arbitral válido y aplicable a la cuestión litigiosa (así como a la tutela cautelar). En segundo lugar, podrá desestimar la solicitud de admisión de la ejecución si la medida otorgada por el tribunal fuera manifiestamente contraria al orden público. Si fuera necesario para la ejecución,[52] podrá adaptar la medida ordenada por el tribunal arbitral, siempre y cuando la medida reformulada sea funcionalmente equivalente a la originalmente dictada.

El apartado cuarto del § 1041 establece un derecho de indemnización del ejecutado, en caso de que finalmente la medida ordenada resultase injustificada. Este derecho puede reclamarse en el arbitraje pendiente, sin necesidad de que el convenio mencione explícitamente esta posibilidad.

5.2. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros

Los apartados 2 y 3 del § 1041 también son aplicables a medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede fuera de Alemania. Ello se desprende del § 1062, el cual establece la competencia territorial de los tribunales superiores regionales (*Oberlandesgerichte*) en caso de que el arbitraje no tuviera su sede en Alemania.

E. Derecho aplicable al fondo del asunto

Disposiciones sobre la ley aplicable se encuentran en el Convenio Europeo y en el convenio tunecino-alemán (que no será tratado aquí). Por lo demás es de aplicación el § 1051:

> § 1051 Derecho aplicable
>
> 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

[52] Un ejemplo —quizá el de mayor relevancia práctica— sería el de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, que no cumpliera con los estrictos requisitos de certeza o determinación, del derecho de ejecución alemán.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará ley del Estado, con el que el objeto del litigio muestre los vínculos más estrechos.
3) El tribunal arbitral sólo decidirá en equidad si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así. La autorización podrá ser otorgada hasta la resolución del tribunal arbitral.
4) En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

1. Elección del derecho aplicable por las partes

Tanto el artículo VII.1 del Convenio Europeo, como también el § 1051, otorgan a las partes la facultad de determinar el derecho aplicable. La elección no queda circunscrita a la ley de un determinado ordenamiento en su totalidad, sino que las partes podrán también escoger sólo algunas normas de un Estado, o también normas extraestatales (INCOTERMS, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Principios —«Lando»— de Derecho Europeo de los Contratos, etc.), «*soft law*» o la «*lex mercatoria*». La elección de las partes también puede consistir en remitirse a un reglamento de arbitraje que a su vez contenga reglas sobre el derecho aplicable.

De la misma manera que el artículo 28.2 de la Ley Modelo, el apartado tercero del § 1051 supedita el arbitraje de equidad a la autorización expresa de las partes. La norma alemana, además, aclara que esta autorización podrá ser otorgada hasta que se emita el laudo.

2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes

Para el caso de que las partes no hubieran pactado una ley aplicable, el apartado 2 del § 1051 difiere de lo dispuesto en el artículo VII.1 del Convenio Europeo y el artículo 28.2 de la Ley Modelo. Mientras que estas normas disponen que los árbitros apliquen aquellas normas de conflicto de leyes que puedan tener cabida, y en caso de divergencia entre éstas, las que estimen aplicables o apropiadas, el apartado segundo del § 1051 establece que el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado con el que el objeto del litigio muestre vínculos más estrechos. Por tanto, los árbitros están facultados para determinar la ley aplicable sin recurso a otras normas de conflicto más que el propio apartado segundo del § 1051.

3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

En todo caso, los árbitros habrán de considerar las normas de policía de aquellos Estados en que el laudo fuera susceptible de ejecutarse, para evitar que se rechace su reconocimiento y ejecución.

F. El laudo

Los §§ 1052 a 1054 recogen y desarrollan los artículos 29 a 31 de la Ley Modelo.

> § 1052 Adopción de decisiones por un tribunal colegiado
> 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará por mayoría de votos de todos los miembros.
> 2) Si un árbitro rehusara la participación en una votación, los demás árbitros podrán decidir sin él, salvo acuerdo en contrario de las partes. La intención de votar sobre el laudo sin el árbitro que se rehúsa, ha de comunicarse previamente a las partes.
> 3) Sobre cuestiones singulares de procedimiento el árbitro presidente podrá decidir sólo, si así lo autorizan las partes o los demás miembros del tribunal arbitral.

Con respecto a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Modelo, se limita la posibilidad de encomendar decisiones procedimentales al presidente del tribunal, pudiendo mandatársele sólo para cuestiones *singulares*. Además, se aclara en el apartado 2 del § 1052 que las votaciones del tribunal no requieren quórum. Para la votación sobre el *laudo* sin la participación de algún árbitro se preceptúa que las partes han de ser informadas de antemano de esta circunstancia.

> § 1053 Transacción
> 1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción sobre el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones. A instancia de las partes el tribunal arbitral hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en tanto el contenido de la transacción no sea contrario al orden público (*ordre public*).
> 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el § 1054, y deberá indicar que se trata de un laudo. Este laudo tiene el mismo efecto que cualquier otro laudo sobre el fondo.
> 3) En tanto que la eficacia de declaraciones requiera una formalización notarial, ésta quedará sustituida en virtud de la incorporación de las declaraciones de las partes en el laudo arbitral.
> 4) Con conformidad de las partes, un laudo arbitral en los términos convenidos podrá ser declarado ejecutivo por un notario que tenga su sede

> en el partido judicial del tribunal competente para la declaración de ejecutividad conforme al § 1062, apartados 1, 2. El notario rechazará la declaración de ejecutividad cuando no se cumplan los requisitos del apartado 1, oración 2.

En los apartados 1 y 2 del § 1053 se adopta el contenido del artículo 30 de la Ley Modelo, pero se fija el orden público como límite a la discreción del tribunal arbitral de rechazar lo acordado por las partes.

Los apartados 3 y 4 contienen disposiciones no previstas en la Ley Modelo, tendientes a facilitar la eficacia del laudo transaccional. Por una parte, la formalización notarial requerida en Alemania para ciertas declaraciones (como, por ejemplo, la declaración de transmisión de propiedad sobre bienes inmuebles) quedará sustituida si estas declaraciones se incorporan en el laudo. Asimismo, el trámite de exequátur, requisito para la ejecución de un laudo doméstico en Alemania (*vid. infra*, ¶¶ 108-110), podrá llevarse a cabo ante notario, en el caso de un laudo arbitral en los términos convenidos.

Las disposiciones del § 1056, sobre la forma y el contenido del laudo, son idénticas a las del artículo 31 de la Ley Modelo. Adicionalmente, el § 1057 regula la decisión sobre las costas del arbitraje:

> § 1057 Decisión sobre las costas
> 1) En tanto que las partes no hubieran acordado algo distinto, el tribunal arbitral resolverá en el laudo arbitral sobre la proporción en que las partes deben sufragar las costas del arbitraje, incluidas las costas ocasionadas a las partes, necesarias para el adecuado ejercicio de sus derechos. A este respecto, el tribunal arbitral decidirá discrecionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, especialmente el resultado del arbitraje.
> 2) En tanto las costas del arbitraje estén tasadas, el tribunal arbitral también decidirá sobre las cantidades a sufragar por las partes. Si la tasación de costas no se hubiera llevado a cabo o fuera posible sólo tras la terminación del procedimiento arbitral, se resolverá al respecto en un laudo separado.

La terminación de las actuaciones se regula en el § 1056:

> § 1056 Terminación de las actuaciones arbitrales
> 1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el apartado 2.
> 2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones cuando
> 1. El demandante

a) No presente en plazo su demanda conforme al § 1046.1 y no concurra ningún supuesto del § 1048.4, o
b) Retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio; o

2. Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; o
3. Las partes no continúen impulsando el arbitraje a pesar de la invitación del tribunal o la prosecución de las actuaciones resultaría imposible por otro motivo.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en los §§ 1057.2, 1058 y 1059.4.

Esta norma, además de adoptar las reglas del artículo 32 de la Ley Modelo, reitera —innecesariamente— lo dispuesto en el § 1048.1, es decir, que el tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones en caso de rebeldía del demandante. Además, se añade como excepción al cese del tribunal arbitral al terminar las actuaciones el supuesto previsto en el § 1057.2, de decisión sobre las costas posterior al laudo sobre el fondo.

Por último, el § 1058 establece:

§ 1058 Corrección, interpretación y complemento del laudo arbitral

1) Cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral,
   1. Que corrija en el laudo errores de cálculo, de copia o tipográficos o errores de naturaleza similar;
   2. Que interprete determinadas partes del laudo arbitral;
   3. Que dicte un laudo complementario respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo.
2) Salvo que las partes hayan acordado otro plazo, la solicitud habrá de formularse en el plazo de un mes tras la recepción del laudo arbitral.
3) El tribunal arbitral deberá decidir sobre la corrección o interpretación del laudo arbitral en el plazo de un mes, y sobre el complemento del laudo arbitral, en el plazo de dos meses.
4) El tribunal arbitral podrá realizar una corrección del laudo arbitral aun sin solicitud.
5) El § 1054 se aplicará a la corrección, interpretación o complemento del laudo.

Esta norma coincide sustancialmente con el artículo 33 de la Ley Modelo,[53] salvo que a diferencia de ésta, no se dota al tribunal arbitral de la facultad de prorrogar

[53] Los plazos se adaptan al sistema de plazos de la ZPO: los treinta y sesenta días pasan a ser uno y dos meses, respectivamente.

los plazos para su decisión y, por otra parte, no se limita en el tiempo la posibilidad de corrección de oficio.

G. Los recursos contra el laudo

El único medio de impugnación de un laudo arbitral es la petición de anulación. Así lo establece el § 1059.1, que transpone el artículo 34 de la Ley Modelo:

> § 1059 Petición de anulación
> 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá interponerse petición de anulación judicial conforme a los apartados 2 y 3.
> […]

1. Petición de anulación

1.1. Motivos de anulación

Los motivos de anulación del § 1059 se orientan fuertemente a los previstos en el artículo 34 de la Ley Modelo, inspirados, a su vez, en los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del artículo V CNY:

> § 1059 Petición de anulación
> […]
> El laudo arbitral sólo podrá ser anulado
> 1. Cuando la parte que interpone la petición pruebe que
> a) una de las partes que han suscrito un acuerdo de arbitraje conforme a los §§ 1029, 1031, estaba afectada por alguna incapacidad según la ley que le fuere personalmente aplicable, o que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si las partes nada hubieran indicado al respecto, en virtud de la ley alemana, o
> b) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o
> c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si la parte del laudo que se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje puede separarse de la parte que se refiere a cuestiones que no están sometidas a él, sólo se podrá anular esta última parte, o
> d) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a una disposición de este libro o a un acuerdo lícito

entre las partes, y haya de suponerse que ello haya repercutido en el laudo, o

2. Cuando el tribunal compruebe que
   a) el objeto de la controversia no es arbitrable según la ley alemana, o
   b) el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral conduciría a un resultado contrario al orden público (*ordre public*).

[…]

Esta norma contiene tres diferencias con respecto a la Ley Modelo:

(i) La letra a) del número 1 aclara que la incapacidad de una parte ha de apreciarse conforme a la ley que le sea personalmente aplicable.

(ii) La letra d) del número 1 restringe el motivo de anulación a aquellos casos en que el defecto presumiblemente haya repercutido en el resultado del laudo, con lo que se evita la anulación por motivos puramente formales.

(iii) Según la literalidad de la norma, el motivo de infracción del orden público —2. b)— se refiere, no al laudo, sino al resultado de su reconocimiento o ejecución. Se trata, sin embargo, de un error de redacción.[54] El objeto de indagación es, en realidad, el propio resultado del laudo.[55]

Bajo «orden público», que puede ser procesal o material, se entienden aquellas normas del ordenamiento interno alemán sobre cuestiones que afecten los fundamentos de la vida estatal o económica, promulgadas con motivo de ciertas concepciones elementales de política de estado o económica, o de justicia.[56]

1.2. Procedimiento

Con respecto al procedimiento de anulación el § 1059 establece lo siguiente:

§ 1059 Petición de anulación

[…]

3) En tanto las partes no hayan acordado otra cosa, la petición de anulación deberá interponerse ante el tribunal estatal en un plazo de tres meses. El plazo cuenta desde el día en que la parte que interpone la petición ha recibido el laudo arbitral. Si se ha formulado una solicitud

---

54 Debido, probablemente, a que la redacción se ha orientado en el artículo V CNY.

55 Münch, J. «§ 1059», en *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3*, C.H. Beck, 2001, en nota marginal 21.

56 *Ibid.*, en nota marginal 20.

conforme al § 1058 el plazo se prorroga por un máximo de un mes tras la recepción de la decisión sobre esta solicitud. La petición de anulación del laudo arbitral no podrá interponerse una vez declarado ejecutivo el laudo arbitral por un tribunal estatal alemán.

4) Solicitada la anulación de un laudo, el tribunal estatal podrá, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, anular el laudo arbitral y devolver el asunto al tribunal arbitral.
5) La anulación del laudo arbitral conllevará, ante la duda, la vuelta en vigencia del acuerdo de arbitraje en cuanto al objeto de la controversia.

El apartado tercero modifica levemente lo establecido en el artículo 34 de la Ley Modelo, en tanto que la solicitud de corrección, interpretación o complemento del laudo no altera el *dies a quo*, sino sólo permite una prórroga por un máximo de un mes. Además, dado que la legislación alemana establece para la ejecución de laudos domésticos el requisito de exequátur (*vid. infra*, ¶¶ 108-110), se aclara que, otorgado el exequátur, éste tiene fuerza de cosa juzgada y, por tanto, impide la petición de anulación.

A diferencia del artículo 34 de la Ley Modelo, el apartado cuarto del precepto alemán no prevé la suspensión de las actuaciones de nulidad para que el tribunal arbitral reanude las actuaciones arbitrales, sino la anulación en todo caso. Con ella concluye el procedimiento de anulación, y el tribunal arbitral al que se le hubiera devuelto el asunto dictará un nuevo laudo, susceptible de una nueva petición de anulación.

El apartado cuarto aclara que, si la anulación no se debe a vicios del convenio arbitral, éste no pierde vigencia, a no ser que las partes hubieran acordado lo contrario.

Para la petición de anulación es competente, conforme al § 1062.1, número 4, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje. El auto es susceptible de recurso de queja (*Rechtsbeschwerde*) ante el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*), conforme al § 1065.1.

1.3. Efectos del laudo firme; ejecución de laudos domésticos

El § 1055 equipara los efectos *inter partes* del laudo definitivo a los efectos de las sentencias judiciales firmes:[57]

[57] No es así en caso de que el laudo fuera apelable en virtud de lo pactado por las partes, en particular por remisión a un reglamento arbitral que prevea la apelación.

> § 1055 Efectos del laudo arbitral
> El laudo arbitral tiene entre las partes los efectos de una sentencia firme.

Este precepto, que no tiene par en la Ley Modelo, confiere a los laudos, desde que son dictados, fuerza de cosa juzgada. No obsta a ello la posible petición de anulación, de carácter extraordinario.

Para la ejecución de laudos domésticos es necesario el exequátur:

> § 1060 Laudos domésticos
> 1) La ejecución tendrá lugar cuando el laudo haya sido declarado ejecutivo.
> 2) La solicitud de declaración de ejecutoriedad se rechazará, bajo anulación del laudo, cuando concurra alguno de los motivos de anulación señalados en el § 1059.2. Los motivos de anulación no se tendrán en consideración, en tanto que al tiempo de la notificación de la solicitud de declaración de ejecutoriedad se hubiera desestimado con carácter firme una petición de anulación. Los motivos de anulación según el § 1059.2, número 1, tampoco se tendrán en consideración cuando hubieran transcurrido los plazos determinados en el § 1059.3 sin que el solicitante hubiera presentado una petición de anulación del laudo arbitral.

Los motivos de anulación apreciables de oficio son siempre óbice al exequátur. Por el contrario, los motivos apreciables a instancia de parte caducan con el transcurso del plazo de la petición de anulación.

Para el exequátur de laudos domésticos es competente, conforme al § 1062.1, número 4, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje. La decisión es susceptible de recurso de queja (*Rechtsbeschwerde*) ante el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*), conforme al § 1065.1.

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Conforme al apartado 1 del § 1061, el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros se rige por la CNY. El apartado tercero aclara que si, una vez reconocido un lado extranjero, éste es anulado en su país de origen, se podrá solicitar la revocación del exequátur.

Para el exequátur de laudos extranjeros y su revocación es competente, conforme al § 1062.1, número 4, el tribunal superior regional (*Oberlandesgericht*) que hubieran designado las partes o, en su defecto, el del distrito de la sede del arbitraje. La decisión es susceptible de recurso de queja (*Rechtsbeschwerde*) ante el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*), conforme al § 1065.1.

V. Reflexiones finales

La legislación de arbitraje alemana, fiel, en lo sustancial, a la Ley Modelo y los estándares internacionales, ofrece una base robusta para el arbitraje comercial internacional. Enmarcado en una larga tradición arbitral, existe un cuerpo jurisprudencial cada vez más armonizado, que evidencia una actitud de los tribunales estatales favorable al arbitraje. Asimismo, Alemania goza de una infraestructura idónea, con abogados y árbitros altamente cualificados, y cortes de arbitraje de reconocido prestigio,[58] para ser una sede solvente de arbitrajes comerciales.

[58] Entre las que destaca la Institución Alemana de Arbitraje, DIS (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*).

Austria

Alice Fremuth-Wolf
Christian Koller

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Austria.— II. Sources of the Law on International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. Austria as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and subjective arbitrability.— 1.3. Objective arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of Kompetenz-Kompetenz).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Type of provisional measures.— 4. Challenge of (and/or appeal against) provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Austria.— 5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— 5.3. Law governing the merits of the case.— 5.3.1. Choice of law by the parties.— 5.3.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 5.3.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (lois de police).— 5.4. The award.— 1. Definition, formal requirements and minimum content.— 2. Decision-making by panel of arbitrators.— 3. Consent award.— 4. Effect of the award.— 5. Correction, explanation and amendment of the award.— 6. Decisions on costs.— 5.5. Challenge and revision of the award.— 5.5.1. Challenge of the award.— 6. Declaration of Existence or Non-Existence of an Arbitral Award.— 7. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Austria

In 2002 the Working Group of the *Ludwig-Boltzmann-Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen* prepared a first draft for a reform of the Austrian arbitration law, which was at that time still based on Franz Klein's original 1895 version of the Austrian Code of Civil Procedure (hereinafter «*ZPO*»). The Working Group's draft was mainly inspired by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (hereinafter «*Model Law*») and aimed at harmonizing the Model Law provisions with Austrian arbitration law and practice at that time. However, the Working Group also took into account the laws of Germany, Switzerland, England and France. In 2006 the Arbitration Reform Act 2006 («*Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006*»,[1] hereinafter «*the Act*» or «*Austrian arbitration law*»), which was to a great extent based on the Working Group's draft, was adopted eventually making Austria a Model Law country. It entered into force on 1 July 2006. According to the transitional provisions the new provisions apply to all arbitration agreements concluded and all arbitral proceedings commenced after 30 June 2006.

Most recently, in 2012 the Austrian Federal Ministry of Justice prepared a ministerial draft[2] for reforming the jurisdiction of state courts dealing with the challenge of arbitral awards. According to the draft only one instance, namely the Austrian Supreme Court (hereinafter «*OGH*») shall have jurisdiction. At the time of writing, the draft has not yet passed the parliamentary process.

In addition, institutional arbitration has a long-standing tradition in Austria. The leading Austrian arbitration institution is the International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (Vienna International Arbitral Centre, hereinafter «VIAC») which is located at:

Wiedner Hauptstrasse 63
PO Box 319
1045 Vienna, Austria
Telephone: +43 (0)5 90 900-4397, 4398, 4399
Fax: +43 (0)5 90 900-216
e-mail: arb@wko.at
http://www.viac.eu

The VIAC was created in 1975 and has developed into a well-known international arbitration institution.

---

1 BGBl («*Bundesgesetzblatt*») I 7/2006 (online available at: www.ris.bka.gv.at).

2 *Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Schiedsverfahren in der Zivilprozessordnung und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden* (*Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2012 – SchiedsRÄG 2012*; online available at: www.parlament.gv.at).

II. Sources of the Law on International Arbitration

A. Domestic sources

Austrian arbitration law is laid down in the Fourth Chapter of the ZPO (*i.e.*, sec. 577 to 618). The provisions equally apply to domestic and international arbitration thereby providing for a single regime. In general, Austrian arbitration law applies if the seat of the arbitration is within Austria according to the principle of territoriality (see sec. 577[1] ZPO).

B. International sources

Austria is a party to the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958[3] (hereinafter «NYC»), the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961[4] (hereinafter «European Convention 1961») and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965[5] («Washington Convention»). In addition, Austria has concluded bilateral investment treaties with a number of countries,[6] including Argentina,[7] Belize,[8] Bolivia,[9] Chile,[10] Cuba,[11] Mexico[12] and Paraguay.[13] Under most of these treaties the investor may bring a dispute before (a) the competent courts or administrative tribunals of the respective country, (b) ICSID or (c) a sole arbitrator or an ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law («*UNCITRAL Rules*»). Austria is signatory state to a number of further multilateral treaties, e.g. in the area of transport law or environmental protection law, which are, however, of limited practical relevance.[14]

---

3 Ratified on 2 May 1961; see BGBl 200/1961. Since the reservation of reciprocity according to art. 1(3) NYC was withdrawn in 1988 Austrian courts recognize and enforce foreign arbitral awards made in accordance with the NYC, regardless of where they were made.

4 Ratified on 6 March 1964, BGBl 1964/107.

5 BGBl. 357/1971, which entered into force in Austria 24 June 1971.

6 For an exhaustive list of bilateral investment treaties see http://www.bmwfj.gv.at/Aussenwirtschaft/Investitionspolitik/Seiten/BilateraleInvestitionsschutzabkommen.aspx (las visited 7 July 2012).

7 BGBl 893/1994, in force since 1 January 1995.

8 BGBl III 2/2002, in force since 1 February 2002.

9 BGBl III 148/2002, in force since 1 July 2002.

10 BGBl III 161/2000, in force since 22 October 2000.

11 BGBl III 232/2000, in force since 1 December 2000.

12 BGBl III 41/2001, in force since 26 March 2001.

13 BGBl III 226/1999 and III 227/1999, in force since 1 January 2000.

14 See Hausmaninger C in *Fasching/Konecny*, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. Manz, 2007, sec. 577, at para. 39 *et seq*.

C. Role of EU law

Austria became a Member of the European Union in 1995. Consequently, arbitral tribunals having their seat in Austria[15] are faced with the complex relationship between European Community law (hereinafter «*EC-law*») and arbitration.[16] The Austrian Supreme Court («*OGH*») has so far dealt with the issue of EU law in two decisions[17] which were, however, rendered prior to the European Court of Justice's («*ECJ*») seminal ruling in the *Eco Swiss v. Benetton*[18] case. The first case dealt with the enforcement of an arbitral award under the European Convention 1961.[19] Relying on the principle of supremacy of EC law, the OGH held that (ex) Arts 85 and 86 EC Treaty (now art. 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union [«*TFEU*»)] form part of Austrian public policy. According to the OGH an award that (substantially) violates Arts 85 and 86 of the EU Treaty may thus not be enforced in Austria. However, in the case mentioned the OGH held that no such public policy violation occurred. In the second (purely domestic) case,[20] which has correctly attracted much criticism, the OGH partially set aside an award on the basis that it violated EU law (more specifically, the EC Directive on VAT as interpreted by the ECJ) by subjecting default interest to turnover tax. On balance, it can be derived from these cases that arbitral tribunals having their seat in Austria will —arguably *ex officio*— have to apply European Competition Law irrespective of the parties' choice-of law agreement in order to avoid the setting aside or denial of enforcement of the award.[21]

---

15 It might be noted, however, that the application of EU law as mandatory rules (or «*lois de police*») also concerns arbitral tribunals having their seat outside the EU. This is particularly true for the application of EC Competition law, see, *e.g.*: LANDOLT, P. «The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland». In *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners.* Kluwer Law International, 2011, at p. 545.

16 For a detailed analysis of the interfaces between EU law and arbitration see Part III of the present book.

17 For a critical note see LIEBSCHER, C. «European Public Policy and the Austrian Supreme Court», *Arbitration International*, 2000, pp. 357-366.

18 ECJ 1 June 1999, C-126/97, European Court reports 1999, p. I-03055.

19 OGH 23 February 1998, 3 Ob 115/95, *Yearbook Commercial Arbitration 1999-Volume XXIV*, Volume XXIVa., Kluwer Law International, 1999, pp. 919-927.

20 OGH 5 May 1998, 3 Ob 2372/96m, *Österreichische Juristenzeitung – Evidenzblatt* («*EvBl*»), 1998, N.° 179.

21 See RIEGLER, S. / C. KOLLER. «Austria», in *World Arbitration Reporter*. Juris, 2010, AUT-101.

III. Austria as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

According to sec. 583(1) ZPO[22] an arbitration agreement must be contained either in a written document signed by the parties or in an exchange of letters, telefax-letters, e-mails or other means of transmitting messages, which provide a record of the agreement. In legal literature the view prevails that the second alternative (*i.e.*, an exchange of communications) does not require the parties' signature (or a technical equivalent to a signature).[23] However, the issue has not yet been decided in case law. Prior to the entering into force of the Act, the OGH held that only those forms of communication do not require a signature, where it is technically impossible to sign them, *e.g.*, telex or telegram.[24] In the authors' view such strict approach can no longer be upheld. Sec. 583(1) ZPO requires an exchange of communications. The form requirements are, therefore, not met by an oral or tacit acceptance of a written offer containing an arbitration agreement (and vice versa).

Sec. 583(2) ZPO sets out the requirements for the formal validity of arbitration agreements incorporated by reference, *e.g.*, by reference to standard terms and conditions. According to this provision following requirements have to be met: (i) a contract fulfilling the prerequisites of sec. 583(1) ZPO (*i.e.*, written document signed by the parties or exchange of communications) must (ii) contain a reference to a document containing an arbitration agreement which is (iii) such reference to make the arbitration agreement part of the contract. The last requirement is determined by the (substantive) law applicable to the arbitration agreement.[25] A general reference (*relatio imperfecta*), arguably, suffices to fulfil the form requirements under Austrian law provided the other party has a reasonable chance to take note of the arbitration agreement.

Any defect as to the form of the arbitration agreement has to be raised in the arbitral proceedings at the latest, when entering into argument on the substance of

---

[22] The provision is mainly based on art. II(2) NYC and art. 7 Model Law prior to its revision in 2006; see UN Doc. A/61/7, Annex I, Option I and II of art. 7 Model Law.

[23] See, *e.g.*: Koller, C. «Die Schiedsvereinbarung». In *Schiedsverfahrensrecht Band I*, Springer, 2012, at p. 229 *et seq*.

[24] OGH 26 January 2000, 7 Ob 368/98p, *Juristische Blätter* («*JBl*»), 2000, at p. 738.

[25] S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-14.

the dispute. Failing such objection the formal defect is cured according to sec. 583(3) ZPO and a party may not rely on it, either in the course of the arbitral proceedings or in proceedings for setting aside the award.

1.2. Substantive validity and subjective arbitrability

In commercial transactions arbitration agreements may be concluded in the form of a separate agreement or as a clause within a contract (see sec. 581[1] ZPO).[26] For an arbitration agreement to be valid the following minimum content is required: (i) the parties must be definable in the context of the contractual relationship, (ii) the arbitration agreement must refer to a defined legal relationship (whether contractual or not) and (iii) the parties' will to have their dispute (finally) solved by an arbitral tribunal to the exclusion of the jurisdiction of the State courts' must be expressed in the arbitration agreement.[27]

If Austrian law applies to the power of an agent to conclude an arbitration agreement (binding his/her principal) sec. 1008 of the Austrian Civil Code (hereinafter «ABGB») as well as secs. 49 and 51 of the Entrepreneurial Code (hereinafter «UGB») have to be taken into account. Sec. 1008 requires the principle to issue a special power of attorney. Sec. 1008 ABGB is, however, of limited relevance since it does no longer apply to commercial transactions falling within the scope of the UGB. The Entrepreneurial Code specifically clarifies that the power of attorney issued by an entrepreneur always covers the making of arbitration agreements.

Austrian law presently neither contains specific provisions on subjective arbitrability (*i.e.*, the party's capacity to enter into arbitration agreements) nor provisions restricting the capacity of the state or state entities to enter into arbitration agreements. According to the prevailing view the arbitration agreement is procedural in nature and, therefore, the conclusion of an arbitration agreement requires an individual to be under the capacity to act in legal proceedings («*Prozessfähigkeit*», see secs. 1 and 2 ZPO) which in turn corresponds to legal capacity under civil law («*Handlungsfähigkeit*»).[28] Corporate entities (*i.e.*, joint stock corporations and limited liability companies) and partnerships (*i.e.*, general partnerships [«*Offene Gesellschaft*»] and partnerships by shares [«*Kommanditgesellschaft*»]) have capacity to conclude arbitra-

---

[26] Secs. 617 and 618 ZPO provide for stricter requirements applicable to consumer and the majority of labor law matters.

[27] See, *e.g.*: OGH 26 March 1996, 1 Ob 641/95, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- (und Justizverwaltungssachen)* («*SZ*») 69/73.

[28] S. RIEGLER / C. KOLLER in World Arbitration Reporter AUT-34.

tion agreements through their statutory representatives. Natural persons from the age of eighteen may conclude arbitration agreements.[29]

1.3. Objective arbitrability

According to sec. 582(1) ZPO any claim involving an economic interest that lies within the jurisdiction of the courts of law can be subject of an arbitration agreement. Claims not involving economic interest are only arbitrable if they are capable of party settlement. The «economic interest criterion» is to be understood broadly. The following matters, listed in sec. 582(2) ZPO, are expressly excluded from being submitted to arbitration, irrespective of the nature of the claims: family law claims, claims that are, even if only partially, based on contracts subject to the Landlord/Tenant Act (hereinafter «MRG»), the Non-Profit Housing Act (hereinafter «WGG») and the Austrian Condominium Act (hereinafter «WEG 2002»). In addition, disputes falling within the jurisdiction of administrative authorities (such as regulatory or supervisory authorities, as well as the Austrian Constitutional or Administrative Court) are not objectively arbitrable. The latter requirement, for instance, excludes certain areas of public procurement law, telecommunications law or intellectual property law (such the granting of patents and trademarks, the revocation, abandonment or denial of patents) form the scope of arbitration.

Anti-trust claims, competition law claims and corporate disputes are generally arbitrable.[30] The OGH has consistently held that disputes regarding (the validity of) shareholder resolutions according to secs. 41 *et seq* of the Act of Limited Liability companies can be subject of an arbitration agreement.[31]

2. Separability of the arbitration agreement

Unlike art. 16 Model Law, Austrian arbitration law does not expressly provide for the separability of arbitration agreements. In the Austrian legislator's view there was no need for express language in the law for two reasons: firstly, the separability presumption has already been acknowledged in legal literature and case law (prior to the adoption of the Act) and secondly, the separability doctrine would oversimplify the relationship between the parties' arbitration agreement and the underlying contract which is, essentially, a matter of interpreting the parties' (presumed) intentions.[32]

---

[29] Individuals suffering from psychological disorders and mentally disabled individuals may only enter into arbitration agreements through their legal representatives who (additionally) require an approval of the guardianship court («*Pflegschaftsgericht*»).

[30] S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-36.

[31] Most recently see OGH 19 April 2012, 6 Ob 42/12p (unpublished).

[32] S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-28.

The OGH decided that the (alleged) invalidity (even if it is void *ab initio*),[33] the unilateral rescission, termination, and abrogation of a contract[34] containing an arbitration agreement does not (automatically) affect said arbitration agreement. However, in cases where the parties agree to (jointly) terminate the main contract or both parties consider the main contract to be void; the OGH decided that the arbitration agreement would share the (legal) fate of the main contract.[35] Avoidance on account of mistake only affects the arbitration agreement if the (alleged) error also extends to the making of the arbitration agreement.[36]

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

The jurisdiction of any arbitral tribunal is based on a (valid) arbitration agreement. It follows that only the parties of the arbitration agreement, which have to be identified by way of interpretation, are covered by the arbitration agreement's effects.

According to Austrian case law the following third parties may be bound by (or allowed to invoke) an arbitration agreement: a (singular and universal) successor,[37] a transferee or assignee of a contract or claim (see secs. 1393 *et seq* ABGB), a non-party to a contract that may claim rights as a third-party beneficiary[38] and a third party assuming debts according to sec. 1405 *et seq* ABGB.[39] According to the OGH the form requirement of sec. 583 does not exclude the extension of the arbitration agreement in these cases. A guarantor is generally not bound by the arbitration agreement concluded between the guaranteed party and its counterparty. The interpretation of the parties' contract might, however, lead to a different conclusion in the individual case, especially if the guarantee agreement contains a reference to the agreement concluded between the guaranteed party and its counterparty.

---

33 OGH 21 April 2004, 9 Ob 39/04g (unpublished); OGH 5 February 2008, 10 Ob 120/07f, *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht* («*ecolex*») 2008/152.

34 OGH 29 April 2003, 1 Ob 22/03x, ecolex 2003/341; OGH 22 May 2006, 10 Ob 3/06y, RdW 2006, 701.

35 OGH 16 January 2001, 4 Ob 330/00h, immolex 2001/82, 5 February 2008, 10 Ob 120/07f, ecolex 2008/152.

36 OGH 10 October 1962, 1 Ob 215/62 (unpublished). See C. Koller, «Die Schiedsvereinbarung», in *Schiedsverfahrensrecht Band I*, Springer, 2012, at p. 206 *et seq*.

37 See, *e.g.*: OGH 17 May 2001, 7 Ob 67/01f, JBl 2002, 50; OGH 18 March 2004, 2 Ob 53/04i, ecolex 2004/275; OGH 30 March 2009, 7 Ob 266/08f, *International Arbitration Law Review* («*IntALR*»), 2009, N-51.

38 OGH 30 March 2009, 7 Ob 266/08f, IntALR 2009, N-51.

39 See OGH 13 June 1995, 4 Ob 533/95, SZ 68/112, concerning the transfer of ownership of a business («asset deal»; see sec. 1409 ABGB and sec. 38 UGB). In such a case the buyer is bound by the arbitration agreement the seller concluded with third parties.

According to the prevailing view in legal doctrine shareholders of corporate entities (GmbH, AG) are not bound by an arbitration agreement, the company enters into with third persons. However, in the authors' opinion the arbitration extends to shareholders if the applicable substantive law provides for piercing the corporate veil in the individual case.[40] There is, however, no case law on this issue. The OGH has so far decided that partners of a partnership are, despite their personal liability for any obligations of the partnership vis-à-vis its creditors, not bound by the choice-of-forum clause concluded on behalf of the partnership. Therefore, the chosen court would not be competent to decide claims against the partners of a partnership, unless they consented to submit to the jurisdiction of that court.[41] The same, arguably, applies to arbitration agreements.

Whether the bankruptcy trustee («*Insolvenzverwalter*») is bound by an arbitration agreement the debtor concluded prior to the commencement of the bankruptcy proceedings, depends on the nature of the underlying claim: the trustee is bound with respect to outstanding claims («*Aktivansprüche*»), secured claims («*Aussonderungsansprüche*»), preferred claims («*Absonderungsansprüche*») and asset claims («*Masseforderungen*»). However, the trustee is not bound by an arbitration agreement when exercising his transaction avoidance rights on behalf of the estate («*Anfechtungsansprüche*»). With regard to unsecured claims («*Insolvenzforderungen*»), which have been duly notified in the bankruptcy proceedings, but not been recognized by the trustee, it is disputed whether the trustee is bound by the arbitration agreement covering such claims.[42]

The so called group of companies' doctrine has, to the authors' best knowledge, not yet been applied by Austrian courts. It is, however, more likely that in cases similar to those that have led to the development of the group of companies doctrine, Austrian courts would resort to more «traditional» legal principles, such as the doctrine of abuse of rights or the principles of good faith in the sense of *venire contra factum proprium*, to extend the arbitration agreement.[43]

---

40 C. Koller, «Die Schiedsvereinbarung», in *Schiedsverfahrensrecht Band I*, Springer, 2012, at p. 281 *et seq* with further references.

41 OGH 5 August 1999, 1 Ob 163/99y, EvBl 2000/25.

42 S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-22.

43 See C. Koller. «Die Schiedsvereinbarung», in *Schiedsverfahrensrecht Band I*, Springer, 2012, at p. 288.

4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)

Sec. 592(1) ZPO enshrines the principle of *Kompetenz-Kompetenz*, *i.e*. the tribunal's power to decide on its own jurisdiction. Such decision may be rendered together with the decision on the merits or by a separate arbitral award. If the tribunal decides by way of separate award the parties may challenge the jurisdictional decision, whether positive or negative, separately before the courts under the ordinary challenge proceedings for setting aside awards (see sec. 611[2] ZPO). If an award granting jurisdiction is challenged the arbitral tribunal may nonetheless continue the proceedings and issue further awards or the final award (see sec. 592[3] ZPO). The tribunal's decision is, in any case, subject to court review. Therefore, Austrian law grants arbitral tribunal's only a preliminary *competence-competence*. Court review cannot be excluded by the parties' agreement.

The French notion of the negative effect of *Kompetenz-Kompetenz*, according to which the arbitral tribunal has priority vis-à-vis state courts to decide on its jurisdiction, does not form part of Austrian law. However, sec. 584(3) ZPO grants the arbitral tribunal a (limited) priority to decide on its jurisdiction, which has accurately been described as a (limited) *lis alibi pendens* provision in favour of arbitration. The court has to dismiss any action brought for the same claim when arbitration is pending. The wording of the provision would not even allow for a *prima facie* review of the arbitration agreement. According to legal literature such review is, however, admissible. The scope of the limited *lis alibi pendens* provision in favour of arbitration is however limited since sec. 584(3) provides that the court may not reject the claim if a timely objection to the tribunal's jurisdiction was raised in the arbitral proceedings and a decision by the arbitral tribunal thereon cannot be obtained «within a reasonable period of time».

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

According to sec. 586 (1) ZPO «(t)he parties are free to agree on the number of arbitrators». In absence of such agreement the arbitral tribunal shall consist of three arbitrators (sec. 586 [2] ZPO).

If the parties have agreed on an even number of arbitrators, these arbitrators must appoint a chairman so that the overall number is again uneven (sec. 586 [1] ZPO). This is to avoid deadlock situations. If the party-appointed arbitrators cannot agree

on the chairman within four weeks, the domestic court shall appoint the chairman upon application of one of the parties (sec. 587 [2] n.° 4 ZPO by analogy).

Arbitration agreements which give one party undue influence on the composition of the arbitral tribunal may be invalid because of violation of the principle of good faith enshrined in sec. 879 ABGB.[44]

There are no special requirements for the office of arbitrator under Austrian law, except that it must be a natural person having full legal capacity. There are no restrictions on grounds of nationality. Additionally, an arbitrator shall not need to be a qualified lawyer. The parties may, however, require an arbitrator to have certain skills or qualifications, for example particular experience in a given field, command of a certain language and so forth. If an arbitrator is appointed who does not meet these requirements he/she may be challenged in accordance with sec. 588(2) ZPO.

2. Constitution of the arbitral tribunal

According to sec. 587 (1) ZPO «(t)he parties are free to agree on the procedure for appointing the (…) arbitrators». In many cases, the parties choose an appointing authority, in Austria mostly the VIAC.

Failing such agreement, the following default provisions apply (sec. 587[2] ZPO):

- In an arbitration with a sole arbitrator: If the parties are unable to agree on the arbitrator within four weeks of a receipt of a written request to do so by the other party, the sole arbitrator has to be appointed by the domestic court upon request of either party.
- In an arbitration with three arbitrators: Each party shall appoint one arbitrator; the two party-appointed arbitrators shall then appoint a further arbitrator as chairman within four weeks.
- In an arbitration with more than three arbitrators: Each party shall appoint the same number of arbitrators; the party-appointed arbitrators shall then appoint a further arbitrator as chairman within four weeks.
- In case of failure to appoint an arbitrator by a party within four weeks of receipt of a written request by the other party to do so, the arbitrator shall be appointed by the court upon request by either party. The same applies for the chairman to be appointed by the party-appointed arbitrators, *i.e.* the chairman is to be ap-

[44] OGH 17 March 2005, 2 Ob 41/04z, *Juristische Blätter* («*JBl*») 2008, p. 801.

pointed by the court if the parties have not received notification of appointment by the arbitrators within four weeks of their appointment.

The prospective arbitrator must accept the mandate in order to be appointed. Additionally, the other party or, in case of appointment by an appointing authority, the parties must be notified accordingly.

A party is bound by its appointment of an arbitrator as soon as the other party has received written notification of such appointment (sec. 587[2] n.° 5 ZPO).

The parties can apply to the court for the appointment of an arbitrator in the following situations:

- The appointment of an arbitrator/chairman is not carried out in time (sec. 587 [2] n.^{os} 1 and 4 ZPO).
- Where the parties have agreed on an appointment procedure and (i) a party fails to act as required under such procedure; (ii) the parties or arbitrators are unable to reach an agreement in accordance with such procedure; (iii) a third party fails to perform any function entrusted to it under such procedure within three months of receipt of a written notice; either party may request from the court to make the necessary appointment (unless otherwise agreed) (sec. 587[3] ZPO).
- If the several persons who must jointly appoint one or more arbitrators, cannot agree on the appointment(s) within four weeks of receipt of a written notice to do so, the arbitrator(s) shall be appointed by the court upon request by either party unless otherwise agreed (sec. 587[5] ZPO).
- If the appointment of an arbitrator cannot be made for other reasons or if the appointment procedure for securing appointment does not result in an appointment within a reasonable period of time, the arbitrator(s) shall be appointed by the court upon request by either party unless otherwise agreed (sec. 587[6] ZPO as safety-net).

The court thereby has to have due regard to any qualifications required of the arbitrator and to circumstance regarding their independence and impartiality (sec. 587[8] ZPO). The court's decision appointing an arbitrator is final and binding and not subject to appeal (sec. 587[9] ZPO).

The office of an arbitrator terminates under following circumstances:

- If the parties agree on such termination for any reason (sec. 590[1] ZPO).

- If the arbitrator resigns for any reason (sec. 590[1] ZPO) which does not automatically imply that a ground for challenge exists (sec. 590[3] ZPO).
- If the arbitrator becomes unable to perform his/her functions or fails to act with a reasonable period of time and does not resign himself or the parties cannot agree on the termination, the court decides upon the termination of the mandate upon application by either party; this decision is final and binding and not subject to appeal (sec. 590[2] ZPO).
- In case of a successful challenge (sec. 589 ZPO; see below point III.B.4).

In all these cases, a substitute arbitrator must be appointed (sec. 591 ZPO). Such appointment is made in accordance with the same rules applicable to the appointment of the arbitrator being replaced unless otherwise agreed upon.

3. Independence and impartiality of arbitrators

According to sec. 588(1) ZPO a potential arbitrator —before his appointment— must disclose any circumstance likely to give rise to justifiable doubts as to his/her impartiality or independence, or if he/she does not possess the qualifications agreed upon by the parties. This duty to disclose extends throughout the entire proceedings; this means that after formal appointment the arbitrator is under a continuing duty to inform the parties without undue delay of any relevant circumstances he/she becomes aware of.

Although the terms «impartiality» and «independence» are often used interchangeably, the former relates to the arbitrator's bias and involves his state of mind, whereas the latter relates to questions arising out of the (financial or other) relationship between the arbitrator and one of the parties. But, also if the arbitrator lacks the skills and qualifications as agreed to by the parties, it must be disclosed.

As a consequence of non-compliance with the duty to disclose, an arbitrator may be challenged and removed.

4. Challenge of an arbitrator

According to sec. 588 (2) ZPO an arbitrator may be challenged only if

- circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his/her impartiality or independence; or
- the arbitrator lacks the skills and qualifications as agreed upon by the parties.

Hereby an objective standard is applied taking all relevant facts into account («reasonable third party test»).

The Act does, however, not list examples of circumstances under which such grounds of challenge exist. Therefore, case law rendered prior to the entering into force of the Act and developed for judges as well as sec. 1037 German Civil Procedural Code (hereinafter referred to as «*ZPO*») as well as the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration have to be taken into account.[45]

A party may challenge an arbitrator it has appointed or in whose appointment it has participated only for reasons of which it has not been aware of at the time of the appointment.

The parties may agree on a challenge procedure. In case they have not done so, following default provisions apply (sec. 589 (2) ZPO): If a party becomes aware of challenge grounds, it has to file a written application to the arbitral tribunal within 4 weeks of gaining knowledge of the constitution of the arbitral tribunal or of the challenge grounds as described above. If the arbitrator is not challenged in time, he/she may proceed and render an award. These grounds may furthermore no longer be used to file an application to the domestic courts according to sec. 589 (3) ZPO nor constitute grounds for setting aside an award.[46]

Following the written statement to the arbitral tribunal

- the challenged arbitrator may voluntarily resign whereby his/her mandate ends; or
- the other party may agree on the challenge leading to a mutual termination of the arbitrator's mandate (sec. 590 ZPO); or
- if neither of these cases occurs, the arbitral tribunal —including the challenged arbitrator— has to decide upon the challenge.

If such challenge is not successful (or if the parties have excluded the challenge procedure of sec. 589 (2) ZPO), the challenging party may —within 4 weeks upon receipt of the arbitral tribunal's decision rejecting the challenge— request the court

---

45 For case law see S. RIEGLER/C. KOLLER in World Arbitration Reporter AUT-49 *et seq;* M. PLATTE in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte&Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 588 para. 15 *et seq*.

46 See M. PLATTE in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte&Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 588 para. 30 *et seq* with further references, sec. 589 para. 6; S. RIEGLER / C. KOLLER in World Arbitration Reporter AUT-51.

to decide on the challenge. Such court decision is final and binding and not subject to appeal (sec. 589 [3] ZPO).

While such challenge procedures are pending, the arbitral tribunal may continue the proceedings and even render an award. If the challenge is granted by the courts, the arbitral award may be challenged according to sec. 611 (2) n.° 4 ZPO.

In case of a successful challenge, the arbitrator's mandate is terminated and a substitute arbitrator is to be appointed (sec. 592). If the parties have not agreed otherwise, the appointment for the substitute arbitrator follows the same procedure as that of the original (challenged) arbitrator.

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

If the seat of the arbitration is in Austria, sec. 577 (1) ZPO stipulates that the provisions of the Austrian arbitration law shall apply to the arbitral proceedings. If the parties have not chosen the seat of the arbitral proceedings, either directly or indirectly by *e.g.* referring to institutional rules, the seat shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case (sec. 595 (1) ZPO). The arbitral tribunal may, however, conduct oral hearings, take evidence, meet for consultations or make decision at any other place it considers appropriate.

However, the parties are free to determine the procedural rules for the arbitration save for mandatory provisions of the Act. They may do so by laying out detailed rules themselves either in the arbitration agreement or later during the proceedings or by reference to rules of procedure of arbitral institutions such as the Vienna Rules of VIAC or simply the UNCITRAL Rules. In the absence of such agreement, the arbitral tribunal may conduct the proceedings at its discretion (sec. 594 (1) ZPO), again subject to mandatory provisions of the Act.

2. Right to be heard and right to equal treatment

One of the most important fundamental mandatory principles of Austrian arbitration law is laid down in sec. 594(2) ZPO: the parties must be treated fairly, and each party must be granted the right to be heard. Violations of these principles may constitute grounds for challenge and setting aside of the award (sec. 611[2] n.°s 2, 5 or 8 ZPO). The term «*equal treatment*» has the same meaning as under art. 6 European Convention of Human Rights («*ECHR*») and is thus interpreted according to case

law and literature on this provision. Art. 6 ECHR also determines the meaning of the «*right to be heard*».

According to case law, the «right to be heard» comprises the following:[47] the right to be duly informed about the beginning and continuation of the proceedings; the opportunity to present one's case to the arbitral tribunal and to adequately respond to the counterparty's submissions; the right to present evidence and participate in the taking of evidence and the opportunity to comment on the results of the taking of evidence.[48] Furthermore, an award may not be based on facts, evidence or legal arguments the parties were neither informed of nor had an opportunity to comment on.[49] In general, however, the OGH will only set aside an award for severe violations of the right to be heard.[50]

3. Taking of evidence

Under Austrian arbitration law, the arbitral tribunal is vested with far reaching powers concerning the taking of evidence: it is authorized to decide on the admissibility of the taking of evidence, to conduct the taking of evidence and to freely evaluate the results thereof (sec. 599[1] ZPO). The arbitral tribunal is thus not limited to means of evidence available in state court proceedings.

Sec. 599 ZPO is mandatory. The parties may however agree on the procedure of the taking of evidence (*e.g.*, by choosing the IBA Rules on Taking of Evidence) which is not regulated by sec. 599 ZPO within the limits of the mandatory provisions of Austrian arbitration law (*e.g.*, right to be heard, due process, public policy).

Following evidentiary means are permissible (in state court proceedings):

- Production of documents: Failing an agreement by the parties on the form and kind of documents to be presented to the arbitral tribunal, it has discretion to decide how documents should be presented and the file be organized. American-style discovery or English-style disclosure are unknown in Austrian court proceedings (rather each party produces the documents it intends to rely on to

---

47 For case law see M. Platte in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte&Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 594 para. 16 *et seq;* S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-59.

48 OGH 6 September 1990, 6 Ob 572/90, *Recht der Wirtschaft* 1991, p. 327.

49 OGH 27 November 1991, 3 Ob 1091/91, *Richterzeitung* 1993, p. 65.

50 OGH 22 February 2007, 3 Ob 281/06d, ecolex 2007, p. 595.

support its case).[51] However, in a limited number of cases compulsory disclosure rules apply in Austrian court proceedings (see sec. 303 ZPO *et seq*). Also, «fishing expeditions» are not permissible. Since the arbitral tribunal does not have coercive powers it cannot enforce an order to produce a document. If the party fails to comply with the tribunal's order to produce documents, the tribunal may according to sec. 599(1) ZPO freely evaluate the results of taking of evidence and *e.g.*, draw an adverse inference.

- Examination of witnesses and parties: The Austrian arbitration law does not contain rules explicitly dealing with witness evidence in arbitral proceedings.[52] If the parties have not agreed otherwise, the arbitral tribunal has the discretion to hear any person, including a party or a party's officer, employee, legal advisor or any other representative as a witness. Since the arbitral tribunal has no coercive powers, it cannot «summon» witnesses or hear witnesses under oath. However, if the witness refuses to participate in the arbitral proceedings, the arbitral tribunal (or party with the approval of the arbitral tribunal) may request court assistance pursuant to sec. 602 ZPO. The same applies if the witness should be heard under oath. Written witness statements are permissible under Austrian arbitration law unless otherwise provided by the parties. As the parties have the right to orally present their case (sec. 598 ZPO), arbitral tribunals should usually grant a party's request to hear or cross-examine a witness. But the parties may also agree on «document-only proceedings». Generally, parties and lawyers are permitted to meet with a witness prior to a hearing, but must refrain from unduly influencing the witness. These are the boundaries for common-law «preparation» of witnesses.
- Expert evidence: According to sec. 601 ZPO the parties may decide whether to appoint experts or not. If the parties have not provided otherwise, the arbitral tribunal may appoint one or more experts to report on specific issues to be determined by the arbitral tribunal. The parties must cooperate with the tribunal-appointed expert and provide it with any relevant information and documents necessary. The parties have the right to comment on an expert report. The provisions on challenge of an arbitrators (impartiality and independence) as well as the challenge procedure apply *mutatis mutandis* to a tribunal-appointed expert (sec. 601[3] ZPO). According to sec. 601(4) ZPO each party has the right

---

51 For an overview on document disclosure in Common Law and Civil Law Litigation see F. Schwarz / C. Konrad, *The Vienna Rules – A Commentary on International Arbitration in Austria*. WoltersKluwer, 2009, sec. 20-227 *et seq*.

52 For an overview on witness testimony in Austria and differences between Common Law and Civil Law Litigation see also F. Schwarz / C. Konrad, *The Vienna Rules – A Commentary on International Arbitration In Austria*, WoltersKluwer, 2009, sec. 20-193 *et seq*.

to submit reports of its own experts (unless the parties have agreed otherwise). Such expert is under no duty of impartiality and independence.

- The arbitral tribunal may conduct on sight inspections.

Sec. 599 (2) ZPO provides that the arbitral tribunal must inform the parties of any evidentiary hearing or of any meeting for the purpose of taking of evidence as well as appointment of experts. Likewise, all written statements, documents and other information submitted by one party to the arbitral tribunal must be communicated to the other party; expert reports and other evidence the tribunal wishes to rely on must be communicated to both parties (sec. 599[3] ZPO). Violations of these obligations may lead to a challenge and setting aside of the award (sec. 611[2] n.os 2 and 5 ZPO).

D. Provisional measures

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals

If the arbitral tribunal has its seat in Austria and has already been constituted and the parties have not provided otherwise, they have the option of either applying to domestic courts or the arbitral tribunal or even both to issue an interim measure (concurrent jurisdiction). The power of an arbitral tribunal to issue interim orders is laid down in sec. 593 ZPO, whereas sec. 585 ZPO sets out that parties may apply to domestic courts for interim relief and that this is not incompatible with an arbitration agreement. The power of the courts to issue interim measures cannot be excluded.

Prior to the constitution of an arbitral tribunal, only courts may issue interim measures in Austria.

2. Conditions for ordering provisional measures

Following conditions have to be met, in order for an arbitral tribunal having its seat in Austria to grant an interim measure (unless otherwise agreed by the parties) – sec. 593(1) and (2) ZPO:

- request of a party (no interim measures «*ex officio*»);
- opposing party must be heard by the tribunal before deciding (no *ex-parte* measures);
- only interim measures in respect of the subject-matter of the dispute may be granted;

- the measure must be necessary to avoid that the enforcement of the claim would be frustrated or significantly impeded or that there is risk of irreparable harm;
- only measure *inter partes* and not against third parties may be granted (such measure would have to be granted by domestic courts);
- interim measures must be issued in writing, stating the date and the seat of the arbitral tribunal and a copy must be served on each of the parties.

The arbitral tribunal may request any party to provide appropriate security in connection with such measure in order to prevent abusive requests for interim measures.[53]

3. Type of provisional measures

Sec. 593 ZPO does not provide a list or definition of types of provisional measures but only states that the measure must be necessary in order to avoid the enforcement of the claim being frustrated or considerably impeded or to avoid irreparable harm. The Act does not define the term «interim or protective measure» due to the many different variants. The following interim measures may thus be rendered under sec. 593(1) ZPO:[54]

- measures preserving the *status quo* between the parties or restoring the *status quo (ante)* until the final decision on the merits is rendered (*e.g.*, ordering the other party to refrain from the sale of property or calling of bank guarantees);
- measures that temporarily regulate or stabilize the parties' underlying contractual relationship in a long-term project (*e.g.*, continuation of certain works in a construction project);
- measures requiring security for the underlying claims (*e.g.*, the payment of sums to an escrow account);
- measures ordering interim enforcement of obligations (*e.g.*, interim payment) provided that such measure does not prejudge the merits of the parties' dispute;
- measures preventing prejudice to the arbitral process itself as well as preserving evidence that may be relevant for the dispute (*e.g.*, ordering the proper storage of goods):

---

53 For further details see M. Platte in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte&Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 593 para. 32 *et seq*.

54 See S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-87 *et seq;* see also F. Schwarz / C. Konrad, *The Vienna Rules – A Commentary on International Arbitration In Austria*, WoltersKluwer, 2009, para. 22-018 *et seq*.

- attachment of assets provided such attachment does not entail orders against third parties.

It is not clear whether the granting of anti-suit injunctions is possible.[55]

4. Challenge of (and/or appeal against) provisional measures

Since interim measures granted by an arbitral tribunal do not qualify as awards, there is no possibility to challenge or appeal against the issuance of such measure, neither to the arbitral tribunal itself nor to domestic courts.[56] The arbitral tribunal may however rescind or modify the interim measure.

Interim measure may, at least in Austria, not be enforced under the NYC. Due to arbitral tribunal's lack of coercive powers, interim measures are enforced by domestic courts under sec. 593(3), (4) and (5) ZPO. However, the opposing party has the possibility to oppose the enforcement once the enforcement of such measures is sought (see *supra* D.5.1).

When the interim measure was granted by the domestic court either side may seek «normal» appeal (so called «*Rekurs*»).[57] In addition, the Austrian Execution Act (hereinafter «*EO*») provides a remedy (*i.e.*, the so called «*Widerspruch*», see sec. 397 EO) for the opponent of the injured party, if he/she has not previously been heard. This remedy has to be lodged within 14 days and may, unlike a normal appeal, contain new evidence in order to ensure the defendant's right to be heard.[58]

5. Enforcement of provisional measures

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Austria

If the opposing party does not voluntarily comply with the interim measures ordered by the arbitral tribunal, enforcement must be sought from domestic courts since the arbitral tribunal lacks coercive powers. Enforcement must be requested from the district court in whose district the opponent of the party at risk has its seat, domicile or habitual residence in Austria at the time the request is made. If there is no seat, domicile of habitual residence within Austria, the request may be made to the district court in whose territory the enforcement of the interim measure is carried out. The

---

55 S. Riegler / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-88.

56 M. Platte in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte & Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 593 para. 13 *et seq.*

57 See B. König, *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, Manz, 2012, at p. 206 *et seq.*

58 For a detailed analysis of said remedy see B. König, *op. cit.*, at p. 219 *et seq.*

district court must enforce the requested interim measure unless it finds *ex officio* that one of the grounds for denying enforcement exists (sec. 593[4] ZPO):

- the measure suffers from a defect which constitutes grounds for setting aside an arbitral award pursuant to sec. 611(2), 617(6) and (7) or sec. 618 ZPO (see *infra* point III.G.1);
- if the measure is incompatible with an Austrian court measure which was either requested or granted previously;
- if the measure is incompatible with foreign court measures issued previously and which are recognized in Austria;
- if the measure provides for a means of protection unknown under Austrian law and no appropriate means of protection under Austrian law has been requested: Since arbitral tribunals may also grant interim measures unknown to Austrian law, domestic courts when requested to enforce such order may upon request and after hearing the other party, enforce such measure of protection under Austrian law which comes closest to the measure ordered by the arbitral tribunal (sec. 593 (3) ZPO). The court may in this respect reformulate the measure ordered by the arbitral tribunal.

While the arbitral tribunal must hear the opposing party before issuing the interim measure, the district court in the enforcement stage has discretion whether to hear the other party prior to the ruling on the enforcement. If the opposing party has not been heard prior to ruling on enforcement, it may file an objection against the granting of enforcement according to sec. 397 EO relying on the grounds for denying enforcement under sec. 593(4) ZPO as listed above.

The district court shall set aside or suspend enforcement if:

- the term of the measure has expired;
- the arbitral tribunal has limited the scope or set aside the measure;
- a ground as set out in sec. 399(1) n.^{os} 1-4 EO is given;
- security was provided rendering the measure obsolete.

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

According to sec. 577(2) ZPO the enforcement mechanism provided by sec. 593(3) to (6) ZPO equally applies to interim or protective measures ordered by foreign arbitral tribunals.

Interim measures ordered by foreign arbitral tribunals may thus be likewise enforced in Austria. A request has to be filed to the district court in whose district the opponent of the party at risk has its seat, domicile or habitual residence in Austria at the time the request is made. Enforcement by the district court may only be denied on the ground that the measure suffers from a defect which would constitute grounds for refusal of recognition or enforcement of a foreign arbitral award (*e.g.*, art. V NYC).

b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

Enforcement of interim measures ordered by foreign state courts in Austria depends on the applicable European law, multi-lateral or bilateral treaty (provisional measures are, however, rarely covered by the scope of such treaties). Within the European Union the enforcement of interim measures ordered by foreign courts is governed by Council Regulation (EC) n.° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter «*Brussels I Regulation*») provided the measure is not covered by the arbitration exception stipulated in art. 1(2) lit (d) of said Regulation. In the famous *West Tankers* case the EJC decided that anti-suit injunctions in support of arbitral proceedings directed against proceedings before the courts of another Member State fall within the scope of the exemption but are, in any case, incompatible with the Brussels I Regulation.[59] Outside the scope of the Brussels I Regulation and international treaties, the enforcement of foreign provisional measures is governed by secs. 79 *et seq* EO. The strict requirements laid down in sec. 81 EO, such as reciprocity and the need to grant the right to be heard, effectively excludes the enforcement of foreign provisional measures in such cases.[60]

5.3. Law governing the merits of the case

5.3.1. Choice of law by the parties

According to sec. 603(1) ZPO the parties are free to agree on the substantive law according to which the arbitral tribunal shall decide the dispute. In exercising their autonomy the parties may either choose a specific (national) law (*i.e.*, statutory provisions of a specific state or country) or instead agree upon the application of any other rules of law, *i.e.* UNIDROIT principles and arguably also *lex mercatoria*.[61] Such choice of law may be made expressly or impliedly at any time prior to or af-

---

[59] See *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA vs. West Tankers Inc* 10 February 2009, C-185/07, European Court reports 2009, p. I-663.

[60] See König, B. *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, Manz, 2012, at p. 240, footnote 26.

[61] Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-102.

ter the initiation of arbitral proceedings. The parties may also authorize the arbitral tribunal to decide «*ex aequo et bono*», which requires an express agreement (see sec. 603(3) ZPO).

5.3.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

Failing an explicit or implicit choice by the parties, the arbitral tribunal shall apply the statutory provisions it considers appropriate (sec. 603 (2) ZPO), *i.e.*, the tribunal may directly choose the applicable law («*voie direct approach*») without prior choosing conflict of law rules.

Unlike the parties, the arbitral tribunal is not completely free to determine the law applicable to the merits as it may only choose a national law (as opposed to «*rules of law*»). Consequently, failing an agreement by the parties the arbitral tribunal is, therefore, not authorized to apply the *lex mercatoria* (not even the UNIDROIT Principles and the like).[62]

5.3.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (lois de police)

The parties' autonomy to agree on the applicable law is only limited by mandatory rules of public policy and objective arbitrability. According to sec. 611(2) n.os 7 and 8 ZPO an award shall be set aside if the subject matter of the dispute is not arbitrable under Austrian law or if the award conflicts with fundamental values of the Austrian legal system (*ordre public*).[63]

5.4. The award

1. Definition, formal requirements and minimum content

Austrian arbitration law does not provide for a definition of what constitutes an award or what types of award may be rendered. It does, however, specifically stipulate that the arbitral tribunal's decision on its own jurisdiction may, and the tribunal's decision on costs shall, be rendered in the form of an arbitral award (see secs. 592[1] and 609[5] ZPO).

Following international arbitral practice, tribunals may render final, partial and interim awards; the latter are sometimes also referred to as interlocutory or prelimi-

62 Riegler, S. in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte & Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 603 para. 26.

63 For further details see Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-104.

nary awards.[64] Unless the parties have agreed otherwise, the tribunal may not issue a default award where the respondent fails to file its statement of defence. Sec. 600(2) ZPO rather requires the tribunal to continue the proceedings.

According to sec. 606(1) ZPO arbitral awards shall be rendered in writing and (generally) be signed by all arbitrators. The failure to meet these requirements leads to a «non-award», *i.e.*, ineffective by operation of law. Where one or more arbitrators are unable or refuse to sign the award sec. 606(1) stipulates that the signatures of the majority of the arbitrators shall suffice, provided that the reasons for any missing signature are recorded on the award. Sec. 606(1) clarifies that the chairman or another arbitrator should record the reasons for any missing signature.

The award must state the reasons upon which it is based (see sec. 606[2] ZPO). The parties may, however, agree otherwise. Apart from that Austrian arbitration law does not provide for specific content requirements. As a matter of practice, the award should at least contain the following information: (i) the names of the arbitrators; (ii) the names of the parties, and (iii) a dispositive section, which clearly states the decisions rendered on the respective claims (and counterclaims) and which performance the respective parties are obliged to render.[65]

Sec. 606(3) ZPO provides that the award shall state the date on which it was made and the seat of the arbitral tribunal. According to that provision the award shall be deemed to have been made on that date and at that place. The failure to state the date and the seat does not justify the setting aside of the award but might, arguably, lead to a request for a correction of the award under sec. 606(1) n.° 1 ZPO.

2. Decision-making by panel of arbitrators

Sec. 604 ZPO deals with the arbitral tribunal's decision making process. According to sec. 604 n.° 1 ZPO an arbitral tribunal is required to make its decision by a majority of all its members. It must be an «absolute majority», a majority of votes cast is not sufficient. Under Austrian law the chairman does, therefore, not have the power to decide alone if no majority can be reached. The parties may, however, vest the chairman with such power (*e.g.*, by reference to arbitration rules). If a deadlock cannot be resolved the arbitral proceedings shall arguably be terminated pursuant to sec. 608(2) n.° 4 ZPO, unless the parties agree on an *ad-hoc* basis that the chairman may decide

---

64 As to terminology no international consensus seems to have emerged, see Peters, P. / C. Koller, «The Notion of Arbitral Award: An Attempt to Overcome a Babylonian Confusion», in *Austrian Arbitration Yearbook 2010*, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2010, at pp. 137-169.

65 Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-119.

alone. Regarding procedural issues the parties or co-arbitrators may empower the chairman to decide on his/her own.

The problem of truncated tribunals is tackled by sec. 604 n.° 2 ZPO. Where one or more arbitrators do not participate in a vote without a justified reason, the other (remaining) arbitrators may decide without them. With respect to the *quorum* requirement, however, all members of the tribunal (including the non-participating arbitrators) must be counted. If the (remaining part of the) arbitral tribunal is about to take a vote on the award, the parties must be informed of the intention to proceed in this manner in advance, enabling them to agree on a different decision making process.[66] An arbitrator that fails to take part in the decision-making process may be challenged according to secs. 588 to 589 or removed under sec. 590 ZPO.[67]

The rendering of dissenting opinions (including their communication to the parties) is generally admissible under Austrian arbitration law provided that the «actual substance» of the deliberations is not revealed.[68]

3. Consent award

According to sec. 605 n.° 2 the parties may request the arbitral tribunal to record their settlement in the form of an arbitral award on agreed terms. In such a case the tribunal has to verify whether the following requirements are fulfilled: the parties must be capable of concluding a settlement on the subject matter in dispute and the contents of the settlement must not violate fundamental values of the Austrian legal system. In principle, also an award on agreed terms must state the reasons on which it is based. It will, however, be sufficient to refer to the content of the parties' settlement.

4. Effect of the award

According to sec. 607 ZPO «the award has, between the parties, the effect of a final and binding court judgment». Consequently, the provision clarifies that the effects of (domestic) awards and court judgments are identical, including most importantly the *res judicata* effects. In addition, it stipulates that such effects (at least in general) only cover the parties. Sec. 607 ZPO shall not be interpreted as a limit of subjective legal

---

66 Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-125.

67 See Reiner, A. *The new Austrian Arbitration Law*. LexisNexis, 2006, p. 100.

68 See Stippl, C. / V. Öhlberger, «Rendering of the Award by Multipartite Arbitral Tribunals – How to overcome Lack of Unanimity», in *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2008, at p. 394.

effects (necessarily excluding third parties) the legislator intentionally left the answer to this question to case law and legal literature.

Sec. 606(7) ZPO expressly clarifies that the rendering of the award does not cause the underlying arbitration agreement to become invalid.

5. Correction, explanation and amendment of the award

Each party may request the correction and «explanation» (*versus* interpretation) of an award as well as the issuing of an additional award with respect to claims asserted in the arbitration, but not disposed of in the (final) award (see sec. 610 ZPO). The time limit for such requests is four weeks, unless the parties have agreed otherwise, and it starts to run on the day on which the award is received by the party. Following a request under sec. 610(1) ZPO the other party must be granted the right to be heard, including reasonable time to respond to the request (see sec. 610[2] ZPO). The tribunal shall decide within four weeks on a request for correction or explanation and within eight weeks upon an amendment to the arbitral award (see sec. 610[3]). The time limit has no preclusive effects but rather constitutes a guideline for the arbitral tribunal.[69]

Under sec. 610(1) n.° 1 ZPO an award may be corrected *ex officio* or on the basis of a party's request. The provision covers formal errors indicating that the executed copy of the award does not correspond to the intention of the arbitrator(s) (*e.g.*, errors in computation, any clerical or typographical errors or any error of a similar nature).

The term «explanation» («*Erläuterung*») used in sec. 610(1) n.° 2 ZPO (instead of «interpretation») aims to clarify that the arbitral tribunal's decision may not be altered and its reasoning not be supplemented on the basis of a request for explanation. Such request for explanation requires the parties' agreement vesting the arbitral tribunal with such power.

6. Decisions on costs

Sec. 609(1) ZPO provides that the arbitral tribunal shall, in principle, decide on costs «when the arbitral proceedings are terminated», unless the parties have agreed otherwise. If such decision was omitted or (for whatever reason) only possible after the termination of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal must render a separate arbitral award (see sec. 609[5]). Both the tribunal's decisions with respect to the

[69] Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-131.

allocation of costs between the parties and its decision regarding the exact determination of costs, must be made in the form of an arbitral award under sec. 606 (see sec. 609[4]). In practice, these will generally form a part of the arbitral award (on the merits) or the award on agreed terms. Most notably, sec. 609(2) clarifies that even if the tribunal denies jurisdiction it has to render a decision on the claimant's obligation to reimburse the costs if so requested by the respondent.

In the absence of a party agreement as to the allocation of the costs the tribunal has discretion to consider the circumstances of the respective case, in particular, the outcome of the proceedings (see sec. 609[1] ZPO).

5.5. Challenge and revision of the award

5.5.1. Challenge of the award

a. Grounds for challenging awards

Sec. 611[2] ZPO deals with the grounds for setting aside an arbitral award. The provision largely corresponds to the grounds listed in art. V NYC). The list contained in sec. 611[2] is exhaustive and may neither be expanded nor limited (or waived in advance). Sec. 611(3) ZPO differentiates between grounds which have to be pleaded by the interested party (sec. 611[2] n.°s 1 to 6) and those which have to be considered *ex officio* by the court (*i.e.*, sec. 611[2] n.° 7 [«lack of objective arbitrability»] and n.° 8 [«violation of Austrian public policy»]).

Austrian law stipulates the following grounds for challenging arbitral awards:[70]

- Grounds concerning the arbitration agreement (sec. 611[2] n.° 1): (i) invalidity of the arbitration agreement; (ii) wrongful denial of jurisdiction despite the existence of a valid arbitration agreement; and (iii) incapacity of a party (lack of subjective arbitrability).
- Grounds with respect to the right to be heard (sec. 611[2] n.° 2): It constitutes a ground for setting aside an award if the party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or the arbitral proceedings and was, therefore, unable to present its case, or if the party was unable to present its case for other reasons. It has been held in case law that defects with respect to the fact-finding process and evaluation of evidence, such as denying a motion for the admission

[70] See also Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-135.

of evidence or defects in the course of investigating the facts of the case do not necessarily amount to a challenge ground.[71]

- Grounds with respect to scope of arbitration agreement (sec. 611[2] n.° 3 ZPO): According to this provision an award shall be set aside if: (i) it deals with a dispute not contemplated by the arbitration agreement, or (ii) it contains decisions on matters that exceed the scope of the arbitration agreement or the relief sought by the parties.
- Grounds concerning the arbitral tribunal (sec. 611[2] n.° 4 ZPO): An award shall be set aside if the composition or constitution of the arbitral tribunal conflicts with a provision of the Act (*i.e.*, secs. 586 to 591 ZPO) or a permissible agreement of the parties.
- Under sec. 611(2) n.° 5 ZPO a violation of *procedural* public policy[72] justifies the setting aside of an arbitral award.
- Grounds for the reopening of court proceedings (sec. 611[2] n.° 6):[73] These grounds cover criminal offences such as the falsifying of a relevant document or false testimony. Such acts will, in principle, also constitute a violation of proce-

---

71 See OGH 31 March 2005, 3 Ob 35/05a, unpublished; OGH 20 August 2008, 9 Ob 53/08x, ecolex 2009, 397; for a slightly more cautious approach see OGH 1 September 2010, 3 Ob 122/10b, ecolex 2011, 37 (note by C. Klausegger).

72 For a detailed analysis see F. Schwarz / H. Ortner, «Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration», in *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2008, pp. 133-220.

73 The provision makes reference to sec. 530 (1) nos 1-5, which reads:
«Sec. 530 (1): Proceedings that were terminated by a decision that disposed of the merits may be revived upon the application of a party,
1. if a document on which the decision was based was falsely produced or forged;
2. if a witness, an expert or the opponent has given false testimony in evidence (sec. 288 StPO) and the decision was based on that testimony;
3. if the decision was procured by acts of the legal representative of the party, the opponent or the opponent's representative that would be criminally prosecutable as deceit (sec. 108 StGB), as fraudulent conversion (sec. 134 StGB), as fraud (sec. 146 StGB), as forgery of official documents (sec. 223 StGB), as forgery of particularly protected documents (sec. 224 StGB) or of seals of public notarization (sec. 225 StGB), as indirect false notarization or certification (sec. 228 StGB), as suppression of documents (sec. 229 StGB), or as shifting of property markers (sec. 230 StGB);
4. if the judge, when issuing a decision or an earlier decision relating to the case on which the decision was based, commits a breach of his judicial responsibilities subject to prosecution under the StGB to the prejudice of one party;
5. if a criminal law finding on which the decision is based has been set aside by another decision which has become final and binding».

dural public policy. However, the Austrian legislator wanted to stress the gravity of these grounds by mentioning them explicitly.

- Lack of objective arbitrability (sec. 611[2] n.° 7 ZPO)
- Violation of substantive public policy (*ordre public*) (sec. 611[2] n.° 8 ZPO): an arbitral award must be set aside if it conflicts with fundamental values of the Austrian legal system, *i.e.* the basic principles of the Constitution, of the European Convention on Human Rights, of criminal, private and procedural as well as public law. The scope of public policy is narrower than mere mandatory law.[74]

Sec. 617(6) provides the following additional grounds for setting aside an award in arbitral proceedings in which a consumer is involved: (i) violation of mandatory law, the application of which could not have been waived by a choice-of-law agreement by the parties (even in cases with an international element); and (ii) if the prerequisites are met under which a court judgment may be reopened under sec. 530(1) n.os 6 and 7 ZPO.[75] In addition, sec. 617(7) ZPO adds as a challenge ground the failure of the entrepreneur to provide the consumer with the legal advice on the relevant differences between arbitral and court proceedings required by sec. 617(3) ZPO. The additional challenge grounds just mentioned equally apply to the labor law cases subject to sec. 618 ZPO.

b. Proceedings

According to sec. 611(4) ZPO an action for setting aside an award must be filed within three months upon the receipt of the award by the party. Only the time limit for a challenge based on grounds for the reopening of court proceedings (see *supra* sec. 611[2] n.° 6 and sec. 617[6] n.° 2 ZPO) is four weeks and starts to run: (i) when a criminal judgment becomes final or in the second case (ii) on the day on which the party was able to make use of the final decision or was in a position to use the facts or evidence it has discovered (see sec. 537[2] n.° 4 ZPO). Pursuant to sec. 534(3) ZPO the ultimate limit for the reopening of a case is ten years from the time the arbitral award becomes final and binding.

Under sec. 577 ZPO Austrian courts have international jurisdiction to hear the setting aside of an award if the seat of arbitration is in Austria. Unless the parties

---

74 For case examples see Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-142.

75 Sec. 530(1) n.° 6 provides that court proceedings may be reopened if a party finds, or becomes able to use, a previously issued decision on the same claim or the same legal relationship which has become final and which disposes of rights between the parties to the proceedings to be revived. Sec. 530(1) n.° 7 ZPO enables a party that learns of new facts or evidence or is put in a position to use evidence that would have influenced a decision in a manner favorable to it.

have agreed on the competence of a particular court, the *Landesgericht* (Regional Court) having jurisdiction in civil law matters at the seat of arbitration is competent. If the seat of the arbitral tribunal is Vienna —*i.e*. in most cases in practice— the *Handelsgericht Wien* (Vienna Commercial Court) has jurisdiction for setting aside proceedings provided the arbitration concerns a matter relating to commercial law (as defined in sec. 51 Austrian Judicature Act «*JN*»).[76]

The proceedings for setting aside an arbitral award are subject to the general rules of the ZPO, including the provisions on appeal proceedings (see sec. 616[1] ZPO). Against the decision granting or denying the setting aside of the award rendered by the Regional Court (or Commercial Court in Vienna) an appeal («*Berufung*», see sec. 461 *et seq*) may be filed with the Court of Appeal «*Oberlandesgericht*»). Sec. 502 provides for a further appeal to the OGH against a judgment of the Court of Appeal which is, however, only admissible if a legal issue of fundamental importance for the Austrian legal system needs to be resolved. Consequently, the appeal is restricted to points of law. According to the ministerial draft prepared in 2012 (see *supra* point I) only one instance, namely the OGH, shall be competent to decide on the setting aside of arbitral awards (with no further appeal). At the time of writing the draft has not yet passed the parliamentary process.

According to sec. 611(5) the setting aside of an arbitral award does not affect the validity of the underlying arbitration agreement. However, where an arbitral award on the same subject-matter has been finally set aside twice and if a further arbitral award is to be set aside (*i.e*., for a third time) a party apply for the court to declare the arbitration agreement to be invalid with respect to this subject-matter.

Unlike art. 34(4) Model Law, Austrian arbitration law does not provide for a remission of action to the arbitral tribunal.

c. Consideration of grounds for setting aside in other proceedings (than setting aside proceedings)

Sec. 613 ZPO ensures that an award that decides on a non-arbitrable matter or violates Austrian *ordre public* shall not be afforded legal effects even if the award was not challenged. Consequently, a court or an administrative authority that finds in other proceedings (than setting aside proceedings), e.g. in enforcement proceedings, that grounds for setting aside in accordance with sec. 611[2] n.os 7 or 8 exist, shall not take into account the arbitral award in those proceedings. This provision is particu-

[76] See in PETSCHE, A. in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte&Liebscher: Arbitration Law of Austria* (2006) sec. 615 para. 8 *et seq*.

larly relevant for the enforcement of domestic awards in Austria, given that domestic arbitral awards (unlike foreign awards) constitute executory titles *eo ipso* pursuant to sec. 1 n.° 16 EO without requiring an *exequatur*.

6. Declaration of Existence or Non-Existence of an Arbitral Award

According to sec. 612 ZPO a party may request a declaration on the existence or non-existence of an arbitral award provided it has a legal interest in such decision. It applies in cases where it is unclear as to whether an arbitral award exists or a particular decision qualifies as an arbitral award («pseudo awards»). However, the practical relevance of this declaratory action seems to be limited.[77]

7. Revision of the award

Austrian arbitration law does not contain a specific provision dealing with the revision of arbitral awards. Sec. 611(1) ZPO explicitly stipulates that an action to have the award set aside under this provision is the only and exclusive recourse against an arbitral award.[78] It follows that grounds for revision (of court judgments) are only insofar relevant as they also belong to the grounds for challenging arbitral awards (see *supra* sec. 611[2] n.° 6 and 617[6] n.° 2 ZPO). Newly discovered facts or evidence can, for instance, only amount to a ground for setting aside an arbitral award in consumer matters.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

The recognition and enforcement of foreign arbitral awards is governed by sec. 614 ZPO which basically refers to secs. 79 *et seq* EO. According to both sec. 86 EO and sec. 614(1) ZPO international law or legal instruments of the European Union (if any exist, which is presently not the case) are to govern the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Considering the universality of the NYC it also applies to awards made in non-Contracting States, the provisions of secs. 79 *et seq* EO, especially the grounds for refusal stipulated in sec. 81 EO, are thus in practice overruled by the provisions of the NYC or the European Convention 1961, as the case may be.[79]

In addition, sec. 614 sets out two important provisions regarding the enforcement of foreign arbitral awards: firstly, it provides that the formal requirements for

---

77 See, *e.g.*, Reiner, A. *The new Austrian Arbitration Law*. LexisNexis, 2006, p. 112.

78 Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-148.

79 Riegler, S. / C. Koller in World Arbitration Reporter AUT-153.

arbitration agreements shall be fulfilled if the arbitration agreement complies both with the provisions of sec. 583 ZPO and the form requirements of the law applicable to the arbitration agreement. This cumulative precondition can only be understood in the light of a decision rendered by the German Supreme Court.[80] According to that decision the most-favourable-right provision (art. VII NYC) not only encompasses the application of more permissive domestic provisions, but also domestic conflict of laws rules, including provisions of the law determined to be the law applicable to the arbitration agreement in accordance with such conflict of laws rules. Therefore, sec. 614(1) ensures that the formal requirements under Austrian Law remain the outer limit. Secondly, sec. 614(2) ZPO deviates from art. IV(1)(b) NYC since the original or a certified copy of the arbitration agreement must only be submitted if the court so requires, and not as a matter of course. It has been held in case law that the court has full discretion in that regard and should only order the submission of the arbitration agreement if it has doubts as to the agreement's existence.[81]

V. Conclusion

Austria has a remarkably long-standing tradition as a popular venue for international arbitration. It offers a modern and innovative arbitration law, which perfectly meets the needs of international arbitral practice today. The courts generally take a favourable stance towards arbitration thereby contributing to an arbitration-friendly environment. In addition, one of the leading international arbitration institutions (especially for disputes involving interests in Central and Eastern Europe), *i.e.*, the VIAC, has its seat in Vienna (Austria). The VIAC administers arbitration under the Vienna Rules and offers its services globally since 1975.

---

80 German Supreme Court («*BGH*») 21 September 2005, III ZB 18/05 (2005) 3 *SchiedsVZ* 6, at p. 306.

81 See OGH 3 September 2008, 3 Ob 35/08f, *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* («*IPRax*»), 2009, at p. 352.

Bélgica

Caroline Verbruggen
Daria Goldstein

Sumario: I. Introducción: examen histórico del desarrollo del arbitraje internacional en Bélgica.— II. Las fuentes del derecho del arbitraje en Bélgica.— A. Las fuentes domésticas.— B. Las fuentes internacionales.— C. Papel del Derecho de la Unión Europea.— III. La elección de Bélgica como sede del arbitraje.— A. El convenio de arbitraje.— 1. Validez del convenio de arbitraje.— 1.1. Validez formal.— 1.2. Validez substancial y arbitrabilidad.— 2. Extensión del convenio de arbitraje a partes terceras.— 3. Autonomía del convenio de arbitraje.— 4. Poder del tribunal arbitral de establecer su propia competencia (principio de «*competencia-competencia*»).— B. El tribunal arbitral.— 1. Composición del tribunal arbitral.— 2. Constitución del tribunal arbitral.— 3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 4. Recusación.— C. El procedimiento arbitral.— 1. Derecho aplicable al procedimiento arbitral.— 2. Derecho a ser oído y derecho a la igualdad de trato.— 3. Prueba.— 4. Confidencialidad.— D. Medidas provisionales.— 1. Competencia para pronunciar medidas provisionales.— 2. Condiciones.— 3. Tipo de medidas provisionales.— 4. Recurso contra las medidas provisionales.— 5. Ejecución forzosa de las medidas provisionales (pronunciadas en Bélgica o en el extranjero).— E. Derecho aplicable al fondo del litigio.— 1. Elección del derecho aplicable por las partes.— 2. Determinación del derecho aplicable para el tribunal en ausencia de elección por las partes.— 3. Límites a la libertad de las partes y de los árbitros (orden público y leyes de policía).— F. El laudo.— 1. Generalidades.— 2. Recurso.— IV. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.— V. Conclusiones.

I. Introducción: examen histórico del desarrollo del arbitraje internacional en Bélgica

El arbitraje es una manera de resolución de diferencias cuyo origen es muy antiguo, ya que es anterior a la organización de la justicia de estado. Su reglamentación en el antiguo Código de procedimiento civil de 1806 muestra, sin embargo, una preferencia por las jurisdicciones de las cortes y tribunales judiciales. En 1972, una nueva

legislación más favorable al arbitraje fue adoptada, teniendo en cuenta la evolución del arbitraje tanto a nivel doméstico como internacional.

El arbitraje internacional está bien desarrollado en Bélgica, y particularmente en Bruselas, su capital. Bélgica, y en particular Bruselas, son consideradas como foros neutros disponiendo de una buena infraestructura, fácilmente accesibles desde todos los países, y con profesionales políglotas. Los árbitros belgas tienen una buena reputación de independencia, seriedad y calidad. Es así como a pesar del pequeño tamaño del país, algunos de sus árbitros tienen un gran renombre internacional (por ejemplo: B. Hanotiau, H. Van Houtte, F. De Ly, y V. Van Houtte).

Bélgica también desarrolló su proprio centro de arbitraje: el Centro Belga de Arbitraje y Mediación («Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation» o «*CEPANI*»), creado en 1969 a la iniciativa y bajo los auspicios de la Federación de Empresas en Bélgica y del Comité Belga de la Cámara de Comercio Internacional («*CCI*»). Este centro funciona bien y administra cada año un número importante de casos de arbitraje, tanto a nivel nacional (doméstico) como internacional y eso en varios idiomas (principalmente en holandés, inglés y francés). El CEPANI recientemente revisó su reglamento de arbitraje y la nueva versión del reglamento entró en vigencia el 1 de enero del 2013.

Bélgica es también la sede de arbitrajes internacionales *ad-hoc*, administrados por la CCI, o por otras instituciones.

II. Las fuentes del derecho del arbitraje en Bélgica

A. Las fuentes domésticas

El derecho belga del arbitraje está contenido en la sexta parte del código del derecho judiciario (el «*C.J.*») que incluye los artículos 1676 a 1723 del C.J.[1]

Esta reglamentación no distingue el arbitraje doméstico del arbitraje internacional y concierne todo arbitraje cuya sede se establece en Bélgica. Por otra parte,

[1] Sin constituir una bibliografía exhaustiva, se puede consultar, para una presentación general del derecho del arbitraje en Bélgica: DAL, G.A. et G. KEUTGEN. «L'arbitrage en droit belge et international». Bruxelles: Bruylant, 2006, tomo I. DE BOURNONVILLE, Ph. «Droit judiciaire, L'arbitrage». Répertoire Notarial, Lardier, Bruxelles, 2000. LINSMEAU, J. «L'arbitrage volontaire en droit privé belge». *R.P.D.B.* Bruxelles: Bruylant, 1990, compl. tomo VII. También se pueden consultar los comentarios de los artículos del C.J. relevantes por CAPRASSE, O. En «La jurisprudence du Code judiciaire commentée». *Arbitrage et médiation.* La Charte, 2010.

algunas disposiciones tratan de igual manera un laudo extranjero que puede ser reconocido y ejecutado en Bélgica a través del procedimiento de exequátur.

La legislación sobre el arbitraje no es una transposición de la ley uniforme de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («*CNUDMI*»). La legislación belga fue constituida en 1972 y retoma el texto de la ley uniforme anexada al Convenio Europeo relativo al arbitraje, que fue firmado en Estrasburgo el 20 de enero de 1966. Bélgica fue el único país europeo que ratificó este Convenio.

La reglamentación fue modificada en 1998 inspirándose de la ley uniforme de la CNUDMI. Sin embargo, importantes diferencias permanecen, por ejemplo, en cuanto al procedimiento de recusación de un árbitro (art. 13 de la ley uniforme), o en cuanto al recurso en anulación de los laudos arbitrales (art. 34 de la ley uniforme).

Un grupo de trabajo del CEPANI fue recientemente establecido para proponer modificaciones al derecho belga del arbitraje con el fin, entre otros, de que sea más conforme con la ley uniforme de la CNUDMI. Se espera que esta reforma intervenga en 2013.

B. Las fuentes internacionales

Bélgica ratificó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la «*C.N.Y.*») el 18 de agosto de 1975, y esta última entró en vigencia en Bélgica el 16 de noviembre de 1975. Bélgica optó por una reserva de reciprocidad en la C.N.Y., con la consecuencia de que Bélgica reconoce y ejecuta los laudos arbitrales rendidos en un país signatario de la Convención.

Bélgica es también parte de los siguientes convenios internacionales:

- el Convenio de Ginebra sobre la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros de 1927;
- el Convenio de Ginebra sobre el arbitraje comercial internacional del 21 de abril de 1961;
- Tratados Bilaterales con Francia (1899), los Países-Bajos (1925), Alemania (1958), Suiza (1959) y Austria (1959).

Bélgica participa también en los trabajos de la CNUDMI, que no tienen efectos obligatorios.

Bélgica también ratificó el Convenio de Washington Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965 («*Convenio CIADI*»), y que entró en vigencia el 26 de septiembre de 1970. En este marco, es de notar que Bélgica firmó, hasta el día de hoy, 77 tratados bilaterales de inversión.

C. Papel del derecho de la Unión Europea

El derecho de la Unión Europea no interfiere en principio de modo directo con el procedimiento arbitral, ya que el arbitraje está en particular excluido del campo de aplicación del Reglamento del Consejo de la Unión Europea n.° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Reglamento n.° 44/2001»).

El derecho de la Unión Europea puede, sin embargo, tener un impacto en cuanto al derecho sustancial aplicable en un arbitraje, por medio de la influencia del derecho europeo en el derecho de los Estados miembros. Sea a través de las directivas que deben ser transpuestas o por medio de los reglamentos directamente aplicables. En particular, el derecho europeo de la competencia es considerado como de orden público y tiene que ser tomado en cuenta por los tribunales arbitrales en Europa.[2]

Se puede también mencionar la influencia del Convenio de Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales («*CEDH*») del Consejo de Europa, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Existe actualmente un debate sobre la aplicación de la CEDH —en particular las garantías en cuanto a un proceso equitativo que el Convenio consagra— en la esfera del arbitraje.[3] Si parece difícil decir que la CEDH sería directamente aplicable al arbitraje, se puede considerar que las garantías de un proceso equitativo consagrado por la CEDH encuentran, en cierta medida,[4] las garantías de proceso equitativo que son igualmente imperativas en materia de arbitraje. La jurisprudencia relativa a la aplicación de la CEDH es, por lo tanto, también susceptible de tener un cierto impacto sobre el arbitraje.

---

2 *Cf.* CJCE, 1 de junio de 1999. *Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International N.V.*, caso C-126/97.

3 *Cf.* recientemente, VAN COMPERNOLLE, J. «L'application des garanties de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme à l'arbitrage: question mal posée ou enjeu véritable?». *Revue de droit international et de droit comparé*, 2010, p. 386 et ss. DE LY, F. «Arbitration and the European Convention on Human Rights». In *Liber Amicorum Serge Lazareff*. E. Pedone, 2011, pp. 181 et ss.

4 Bajo reserva de algunas excepciones, como el carácter público del proceso, que se opone al carácter confidencial generalmente reconocido al arbitraje.

III. La elección de Bélgica como sede del arbitraje

A. El convenio de arbitraje

1. Validez del convenio de arbitraje

1.1. Validez formal

El artículo 1677 C.J. prevé que todo convenio de arbitraje debe ser estipulado en un documento escrito firmado por las partes o en otro documento que comprometa a las partes y ponga de manifiesto sus voluntades de recurrir al arbitraje.

En la práctica, esta condición está cumplida cuando el convenio de arbitraje está incluido como una cláusula de compromiso en un contrato escrito que compromete a las partes, o en el caso (más raro en la práctica) en el que ésta se incluye por escrito, posteriormente, al nacimiento del litigio.

Sin embargo, la exigencia de un documento escrito en el artículo 1677 C.J. no es una condición de forma, sino un modo de prueba. Lo que importa es que el juez considere como establecido que la cláusula de arbitraje es parte de un acuerdo que compromete a las partes, y que este acuerdo sea establecido según la normas del derecho común. Por lo tanto, una cláusula de arbitraje que figura en las condiciones generales de una parte compromete, en principio esta misma y su co-contratante, si queda establecido que éste tenía conocimiento de las condiciones generales y que las aceptó de modo efectivo.[5]

El convenio de arbitraje debe expresar la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje. El arbitraje puede ser *ad-hoc* o ser organizado en un centro de arbitraje. En este último caso, es preferible que las partes se refieran a una institución bien establecida y que el convenio de arbitraje contenga una referencia clara.

En el caso en que una cláusula no exprese claramente la voluntad de las partes con respecto a este tema —cláusula generalmente calificada de «patológica»— no se puede excluir el riesgo de que un tribunal considere que la cláusula de arbitraje no puede ser aplicada. Por ejemplo, en el caso de referencia a un centro de arbitraje que dejó de existir.[6] Sin embargo, la jurisprudencia tiende normalmente a dar efecto a las

---

[5] *Cfr*. p. ej., Gand, 1 de febrero de 2006. D.C.C.R., 2007, p. 176, nota De Coninck, H. Liège, 23 de febrero de 1996. J.L.M.B., 1996, p. 1319. Cass. 27 de octubre de 1995, Pas., 1995, I, 952.

[6] *Cfr*. Anvers, 15 de septiembre de 2010, Limb. Rechtsl., 2011, p. 142, con nota crítica de Van Gompel, H.

cláusulas de arbitraje a través de una búsqueda de la voluntad real de las partes, más allá de las eventuales torpezas en la redacción de la cláusula.[7]

1.2. Validez substancial y arbitrabilidad

El convenio de arbitraje requiere, como todo contrato, la reunión de cuatro condiciones esenciales: un objeto y una causa lícita, la capacidad de las partes y su consentimiento.

Además, consagrando un principio de igualdad entre las partes, el artículo 1678, 1.° C.J. prevé de modo expreso que el convenio de arbitraje no es válido si confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación del o de los árbitro(s).[8]

En cuanto a la posibilidad de proceder a un arbitraje en el marco de una diferencia, el artículo 1676 C.J. prevé que toda controversia que nació o podría nacer de una relación de derecho determinada y sobre la cual está permitido transigir, puede ser el objeto de un convenio de arbitraje. Esto conlleva que las partes no pueden someter al arbitraje las diferencias sobre las cuales no se puede transigir. Esta regla general excluye, por ejemplo, del campo de aplicación del arbitraje el derecho de las personas, así como los litigios que eximen del derecho penal (salvo en lo que concierne a las consecuencias pecuniarias de estos temas).

Otras reglas particulares excluyen el recurso al arbitraje en campos específicos, y en particular, los siguientes:

- en materia de derecho laboral, la cláusula de arbitraje concluida antes del nacimiento del litigio es nula, salvo en el caso de un empleado que asume funciones de dirigente de empresa (art. 1678, 2.° C.J., y la excepción prevista en el artículo 69 de la ley del 3 de julio de 1978 sobre el contrato de trabajo);
- los contratos de seguros terrestres con respecto a ciertos riesgos (art. 36 de la ley del 25 de junio de 1992 sobre el contrato de seguro terrestre).
- litigios implicando un consumidor;[9]

---

7 P. ej., el juez reconoce la existencia de un convenio de arbitraje que se refería al reglamento del CEPANI, sin que ésta mencione la palabra «arbitraje», Civ. Bruxelles, 5 de noviembre de 2004, NjW, 2005, p. 671, nota DE MEULEMEESTER, D.

8 *Cf.* para un caso de aplicación, Civ. Bruxelles, 20 de febrero de 1990, J.T., 1990, 744.

9 Jurisprudencia que considera que un convenio de arbitraje puede ser considerado como una cláusula abusiva, Corte de Justicia de la Unión Europea 26 de octubre de 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro vs. Centro Movil Milenium S.L.*, asunto C-168/05.

- litigios que comportan la resolución de un contrato de distribución comercial exclusivo, cuando el arbitraje implica la aplicación de una ley extranjera, pero donde al menos parte del contrato produce efectos en Bélgica.[10]

2. Extensión del convenio de arbitraje a partes terceras

El convenio de arbitraje en principio sólo vincula a las partes, por la aplicación del principio de la relatividad de los contratos (art. 1165 del Código Civil). Sin embargo, es posible que una cláusula se aplique a una parte, a pesar de que ésta no haya sido signataria a la cláusula o al contrato en el cual la cláusula de arbitraje fue incluida originalmente. Así, por ejemplo, en casos de representación, de sucesión, de subrogación o de cesión de contrato.

La jurisprudencia belga no ha desarrollado la cuestión de la extensión del convenio de arbitraje dentro de un grupo de sociedades. Los autores de doctrina son relativamente prudentes sobre la cuestión. El convenio de arbitraje firmado por una sociedad no debería «extenderse» a otras sociedades del grupo, salvo si queda establecido que estas sociedades dieron su consentimiento, manifestaron su intención de quedar vinculados por ésta, o adoptaron un comportamiento en este sentido (por ejemplo, en caso de participación a la conclusión o ejecución del contrato).[11]

3. Autonomía del convenio de arbitraje

El artículo 1697.2.CJ. prevé expresamente que la constatación de la nulidad del contrato no conlleva de modo automático la nulidad del convenio de arbitraje que lo contiene. Se trata del reconocimiento de la autonomía del convenio de arbitraje con respecto al contrato principal en el cual se insertó. Esto significa que el convenio de arbitraje no está en principio afectado por los vicios que puedan encontrarse en el contrato principal (p. ej., nulidad, o fin del contrato principal). Se trata de uno de los principios fundamentales del derecho del arbitraje.[12]

---

[10] *Cf*. Cass. 28 de junio de 1979, RCJB, 1981, p. 332, recientemente confirmado por Cass. 15 de octubre de 2007, R.D.C., 2005, p. 488 et Cass. 16 de noviembre de 2006, R.D.C., 2007, p. 889, y también por Cass. 14 de enero de 2010, R.W., 2010-2011, liv. 26, 1087, con nota Mertens, D.

[11] *Cf*. Hanotiau, B. «Les groupes de sociétés dans l'arbitrage commercial international». En *La Convention d'arbitrage*, Groupe de sociétés et Groupes de contrats, Colloque CEPANI. Bruxelles: Bruylant, 2007, pp. 115 y ss., spéc. p. 130 et ss. Caprasse, O. Les sociétés et l'arbitrage, LGDJ. Bruylant, 2002.

[12] El principio está generalmente también confirmado en el reglamento de arbitraje. *Cfr*. Reglamento CCI, art. 6.9. del Reglamento CCI (el Reglamento CCI de 2012), Reglamento CEPANI, art. 7.4.

4. Poder del tribunal arbitral de establecer su propia competencia (principio de «*competencia-competencia*»)

En virtud del artículo 1697.1 C.J., el tribunal arbitral tiene el poder de pronunciarse sobre su competencia y con este fin, de examinar la validez del convenio de arbitraje. Este principio, llamado principio de «competencia-competencia», es el corolario del principio de la autonomía del convenio de arbitraje, y es de una importancia tan fundamental como aquél.[13]

El juez del procedimiento judicial debe declararse incompetente cuando se le pide que se pronuncie sobre una diferencia, objeto de un convenio de arbitraje, si una de las partes advierte una excepción de incompetencia antes de cualquier otra excepción. Esto, sin embargo, no aplica si, a modo de defensa, el defensor demuestra que el convenio de arbitraje no es válido o ya finalizó (art. 1679 C.J.). En efecto, el debate en cuanto a la competencia de los árbitros debe, en principio, ser decidido por ellos. El juez acepta intervenir solo, si a su parecer, el convenio de arbitraje invocado no se aplica.[14]

Por otra parte, si el tribunal arbitral, cuya competencia es discutida por una de las partes, decide en favor de su competencia a través de una decisión parcial, esta decisión sólo puede ser cuestionada a través de un recurso en nulidad al mismo tiempo que el laudo de fondo (art. 1697 C.J.). Esta regla tiene como objetivo evitar los recursos dilatorios. Se observa, sin embargo, que *in fine*, la pregunta de la competencia de los árbitros será definitivamente decidida por los tribunales judiciales, vía el contencioso de anulación o la ejecución.[15]

B. El tribunal arbitral

1. Composición del tribunal arbitral

Las partes son libres de determinar la manera de seleccionar los árbitros, y más tarde la identidad de éstos, bajo reserva de las siguientes reglas:

---

[13] Ver también su frecuente referencia en el reglamento de arbitraje: Reglamento CCI, art. 6.2. (con una intervención de la Corte de Arbitraje sobre esta cuestión, *prima facie*), art. 6.3. del Reglamento CCI de 2012, Reglamento CEPANI, art. 7.3.

[14] Se observa sin embargo que el derecho belga no reconoce completamente el efecto negativo del principio de «competencia-competencia», puesto que en realidad, alcanza con adelantar ante el juez judicial que el convenio de arbitraje no es valido o llegó a su fin para obligarlo a pronunciarse sobre esta cuestión. *Cf.*, a propósito de esta situación, la contribución de J. Linsmeau, «Arbitres et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes». In *Liber Amicorum Lucien Simont*. Bruxelles: Bruylant, 2002, pp. 323 et ss.

[15] Ver LINSMEAU, J., *o.c.*, pp. 323 y ss. que considera que por esta razón hay que evitar la terminología alemana «*kompetenz-kompetenz*» que implica, según J. Linsmeau, el poder de los árbitros de juzgar en última instancia sin control judicial.

- el modo de designación no puede privilegiar a una de las partes (art. 1678 C.J.);
- los árbitros deben ser personas físicas con plenos derechos civiles y políticos;
- el tribunal arbitral debe ser compuesto por un número impar de árbitro(s) (art. 1681 C.J.)

2. Constitución del tribunal arbitral

En ausencia de determinación por las partes del número de árbitros, éstos deben ser tres (art. 1681, 3 C.J.).[16] En ausencia de determinación por las partes de un modo de designación, cada parte designa un árbitro, y el tercero es designado por los dos co-árbitros, o alternativamente, en caso de omisión, por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia (art. 1685 C.J.).[17] Éste interviene también, a pedido de una de las partes, para resolver toda dificultad relacionada con la composición del tribunal arbitral (art. 1684 C.J.).[18]

3. Independencia e imparcialidad de los árbitros

Todo árbitro debe ser imparcial e independiente. Estas dos cualidades son consideradas como esenciales, aunque no son el objeto de una disposición específica en el C.J.[19] Esto significa, que antes de aceptar la misión que se le propone, el árbitro presentido tiene la obligación de buscar si él/ella mismo(a) o su entorno tienen algún lazo con las partes, sus consejeros o con el objeto mismo del litigio que podría comprometer su independencia o imparcialidad.[20] El árbitro normalmente acepta su

---

16 En el caso de un arbitraje CEPANI, la regla es diferente: en ausencia de elección por las partes, la diferencia está en principio sometida a un árbitro único, salvo circunstancias particulares (art. 15.4. del Reglamento).

17 En el caso de un arbitraje CEPANI, el artículo 15.3. del Reglamento prevé que el tercer árbitro sea nombrado por el Comité de designación del CEPANI o su presidente, a menos que las partes convengan de otro modo de proceder. Por ejemplo, las partes pueden prever que el tercer árbitro sea nombrado por los dos co-árbitros, en consultación con las partes.

18 En el caso de un arbitraje CEPANI, toda dificultad en cuanto a la composición del tribunal será considerado por el Comité de designación o del Presidente del CEPANI. Éstos intervienen también para admitir los árbitros designados por las partes. El artículo 15.1. del Reglamento prevé que en esta instancia se tiene en cuenta «particularmente la disponibilidad, las calificaciones y la aptitud del árbitro a conducir un arbitraje de conformidad con el reglamento».

19 *Comp*., la regla expresa del artículo 14.1. del Reglamento CEPANI: «Sólo las personas que son independientes con respecto a las partes y sus consejeros y que respetan las reglas de conducta en el anexo III, pueden intervenir en calidad de arbitro en un arbitraje en el cual interviene el CEPANI».

20 Sobre esta obligación, ver el artículo de uno de las co-autoras: Verbruggen, C. «The arbitrator as a neutral party». In *Walking a thin line. What an arbitrator can do, must do or must not do.*

misión únicamente si él/ella considera que éste no es el caso. Si el árbitro ha detectado circunstancias que, él/ella considera que no son de naturaleza como para poner en causa su independencia, pero podrían generar dudas en el espíritu de las partes, el árbitro informa a las partes con el fin de clarificar la situación. Esta obligación de información no está prevista de modo expreso en el C.J., pero está considerada en el reglamento del CEPANI, tanto en el momento de la nominación del árbitro como durante todo el proceso.[21]

4. Recusación

El artículo 1690 C.J. prevé que los árbitros pueden ser recusados si existen circunstancias de naturaleza a levantar dudas legítimas en cuanto a su imparcialidad o a su independencia. La solicitud de recusación debe ser introducida en cuanto el que pide la recusación toma conocimiento de la causa de recusación.[22] Ésta suspende el procedimiento arbitral. Si el árbitro que ha sido recusado no se retira de modo voluntario, la parte que ha recusado tiene diez días para presentar el litigio ante el tribunal de primera instancia (art. 1691 C.J.).[23]

Las Líneas Directrices de la *International Bar Association* («*IBA*») sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional constituyen generalmente una referencia importante para la jurisprudencia, permitiendo así al juez entender los estándares de la profesión.

En un caso reciente, fue juzgado que la nominación de modo repetido de un mismo árbitro en seis procedimientos implicando la misma parte en litigios de la misma naturaleza ponía en duda la independencia del árbitro en cuestión y, por lo tanto, justificaba su recusación.[24] Por otra parte, sin embargo, el hecho de que un árbitro, sin ser socio de un despacho de abogados, pero teniendo lazos con éste, intervenga en un procedimiento implicando un Estado extranjero que estaba en litigio con un inversor que en otro procedimiento estaba siendo representado por el despacho en

---

Recent developments and trends. Colloquium CEPANI 40. Bruxelles: Bruylant, 2010, pp. 51 et ss., n.° 16 et ss.

21 *Cf.* las reglas de buena conducta para los procedimientos donde interviene el CEPANI (Anexo II del Reglamento). En el caso de un arbitraje *ad-hoc* una tal obligación puede ser prevista en el acto de misión.

22 Esto explica el interés para que el árbitro notifique a las partes, cuanto antes, toda circunstancia que podría provocar dudas en cuanto a su independencia (aunque el árbitro considere que estas circunstancias no lo comprometen).

23 En el caso de un arbitraje administrado por el CEPANI, la solicitud de recusación es introducida por el secretariado del CEPANI, quien transmite al comité de recusación. Éste se pronuncia sobre la admisibilidad y el fundamento de la solicitud de recusación.

24 Civ. Bruxelles, 5 de octubre del 2006, J.T., 2007, 37.

cuestión, no fue considerado como un elemento que afecta la independencia del árbitro.[25]

Un motivo de recusación, aunque sea conocido después del pronunciado del laudo, no puede, en principio, justificar la anulación del laudo (art. 1704, 5.° C.J.).[26]

C. El procedimiento arbitral

1. Derecho aplicable al procedimiento arbitral

Las partes determinan libremente las reglas del procedimiento arbitral (art. 1693 C.J.). En el caso de que las partes no elijan, las reglas son definidas por el tribunal arbitral. En el caso de un arbitraje institucional, estas reglas son las de la institución (por ej.: reglamento CEPANI).

Sin embargo, en todos los casos, un arbitraje que tiene su sede en Bélgica debe respetar las reglas previstas en el artículo 1694 C.J., que son las siguientes:

- el tribunal arbitral debe dar a cada parte la posibilidad de hacer valer sus derechos y proponer sus argumentos;
- el tribunal se pronuncia después de los debates orales, salvo si las partes acordaron que el proceso sería por escrito;

---

[25] Bruxelles, 29 de octubre del 2007, tentativa de recusación del árbitro Schwebel en el caso Eureko c/ República de Polonia, inédito. Ver el informe sobre esta decisión por una de las coautoras: Verbruggen, C. «The arbitrator as a neutral party». In *Walking a thin line: what an arbitrator can do, must do or must not do - recent developments and trends*. CEPANI 40. Bruxelles: Bruylant, 2010, p. 37, spec. pp. 67-69, n.° 36 à 38. También recientemente comentado por Lefèvre, F. y N. Résimont en «Impartiality and Independence of the Arbitrator. A View from Brussels», publicado en «The Practice of Arbitrators Essays in Honor of Hans van Houtte». Hart Publishing, 2012, pp. 29 *et seq.* Ver también jurisprudencia similar negando la pura y simple asimilación de un árbitro a su despacho de abogados sobre la base de que se tratan de sentimientos de origen psicológicos que pueden ser desarrollados con respecto a una parte adversa en Bruxelles, 14 de enero del 2003, R.D.J.B., 2003, p. 380.

[26] La compatibilidad de esta regla con las exigencias de un juicio equitativo provoca; sin embargo, un debate. *Cf.* Keutgen, G. «Propos sur le statut de l'arbitre». In *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*. Bruxelles: Bruylant, 2000, pp. 921 et ss. Boularbah, H. «Ouvertures à cassation des décisions judiciaires et causes d'annulation des sentences arbitrales: brèves comparaisons sur le contrôle de deux catégories d'actes juridictionnels». In *Mélanges John Kirkpatrick*. Bruxelles: Bruylant, 2003, pp. 73 y ss., spec. p. 96, n.° 22. Puede que esta regla sea abrogada en el marco de la reforma del derecho del arbitraje en Bélgica, que se anticipa será llevada a cabo en el 2013.

- cada parte puede comparecer en persona y tiene el derecho de hacerse representar por un consejero, abogado o un apoderado, pero no puede hacerse representar o asistir por un agente de negocios.

2. Derecho a ser oído y derecho a la igualdad de trato

Como indicado previamente, el derecho de cada parte de hacer valer sus derechos y de presentar sus argumentos es reconocido como un principio fundamental en todo arbitraje que se lleva a cabo en Bélgica, y las partes no pueden derogar a este principio.[27] La violación de este principio justifica la anulación del laudo.

Un procedimiento arbitral llevado a cabo sin que se establezca que el defensor haya sido avisado de que empieza el procedimiento, sin que haya sido convocado a la audiencia, o sin que se le haya comunicado el conjunto de memoriales y piezas de su adversario, no respeta este principio ni la igualdad de trato de las partes y debe, por lo tanto, ser anulada.[28] El respeto de los derechos de la defensa impone igualmente que los árbitros no pueden basar sus decisiones sobre hechos que no hayan sido invocados ante ellos por las partes. Pero, sin embargo, se admite que las árbitros pueden suplementar las motivaciones que las partes invocaron, a condición de que no levanten contestaciones cuyas existencias fueron excluidas por las partes o que no modifiquen el objeto o la causa de la solicitud.[29]

3. Prueba

El artículo 1696, 2.° C.J. prevé que, salvo acuerdo contrario por parte de las partes, el tribunal arbitral aprecia libremente la admisibilidad de las pruebas y su valor probatorio. Las disposiciones relativas a la prueba son poco comunes en los convenios de arbitraje. En el momento del acto de misión, es posible prever disposiciones detalladas o incluir una referencia más general a las reglas detalladas, como por ejemplo, una referencia a Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional.

Este mismo artículo 1696.3 C.J. enumera algunos de los poderes que pueden ser ejercitados por el tribunal arbitral en materia de administración de la prueba: la audición de los testigos, las visitas, la comparación personal de las partes, pedir declaración bajo juramento u ordenar la producción de documentos en manos de

---

27 Sobre este principio, ver HANOTIAU, B. y O. CAPRASSE. «Les droits de la défense dans la procédure arbitrale», nota bajo Cass. 25 de mayo de 2007, R.C.J.B., 2010, pp. 453 y ss.

28 *Cfr*. recientemente Civ. Bruxelles, 25 de septiembre de 2009, J.T., 2010, p. 112, con nota de KEUTGEN, G.

29 Bruxelles, 25 de septembre de 1997, J.T., 1998, 312, nota HANOTIAU, B.

una parte. Los demás poderes no pueden ser ejercidos por el tribunal arbitral, porque requiere un poder de coacción y, por la tanto, la intervención de un juez del orden judicial. Tal es el caso de la audición de testigos recalcitrantes y de la verificación de escritos, en el caso en que se argumenta que uno de los documentos producidos es una pieza falsa (art. 1696, 4.° et 5.° C.J.).

En el derecho belga, cada parte tiene a su cargo la obligación de poder demostrar lo que argumenta. No hay procedimiento de tipo «*discovery*» como en los Estados Unidos de América. Una parte puede, sin embargo, pedir que el tribunal arbitral ordene a la otra parte la producción de un documento que tenga en su posesión, a condición de establecer la pertinencia de éste para encontrar una solución a la diferencia.[30] El tribunal no puede, sin embargo, ordenar la producción forzosa de un documento en manos de un tercero. En ese caso, la intervención de un juez del orden judicial es necesaria.

Los testigos no son muy utilizados en Bélgica en el procedimiento ante los tribunales del procedimiento judicial. En el marco de un arbitraje, los testigos son mucho más frecuentemente entrevistados bajo la influencia de las prácticas anglo-sajonas. Las reglas relativas a los testigos son, en principio, definidas en el acto de misión, y en particular: fechas de comunicación de las atestaciones por escrito, identificación de los testigos llamados a la audiencia y procedimiento de interrogación de los testigos.

Hasta hace poco, las normas deontológicas aplicables a los abogados belgas les prohibían contactos previos con los testigos. Esto dificultaba el proceso arbitral (internacional), donde la noción de testigo se entiende en un sentido muy extenso. Desde finales del 2010, esta prohibición no existe en materia de arbitraje.[31] Mientras que, tradicionalmente, los interrogatorios de testigos eran llevados a cabo por los árbitros, la práctica fue evolucionando en estos últimos años hacia una técnica más al estilo anglo-sajona del interrogatorio y contra-interrogatorio llevada a cabo por los abogados mismos de las partes, pero basadas en las atestaciones por escrito previamente comunicadas.[32]

---

30 Artículo 1696, 3.° del C.J. se refiere sobre este punto al articulo 877 C.J., que prevé que «cuando existen presunciones graves, precisas y que concuerdan, que una parte o un tercero detiene un documento que contiene la prueba de un hecho pertinente, el juez puede ordenar que este documento, o una copia certificada de éste, sea depositada en el expediente del procedimiento».

31 *Cf* sobre este tema, Hollander, P. «L'importance des preuves orales dans la procédure arbitrale», J.T., 2011, pp. 41 y ss.

32 *Cf*. sobre este tema Hollander, P. también en su contribución «La preuve par témoin en arbitrage: aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoins». En *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, CEPANI, 2009, precitado, pp. 139 y ss.

4. Confidencialidad

El arbitraje se distingue de la justicia de estado por su carácter no público de la justicia que es rendida (ausencia de publicidad de los debates y confidencialidad de los laudos). La confidencialidad alrededor del arbitraje es tradicionalmente invocada como una de las ventajas de este modo de resolución de diferencia. Ninguna disposición del Código Judicial prevé, sin embargo, de modo expreso la confidencialidad del arbitraje. Sin embargo, el Reglamento CEPANI contiene una regla expresa que estipula que el arbitraje es confidencial, salvo acuerdo contrario entre las partes o en el caso de una obligación legal (art. 25 del Reglamento). También, al respecto, en el caso del arbitraje CEPANI, las reglas de buena conducta para los procedimientos en los cuales interviene el CEPANI establecen un deber de confidencialidad de los árbitros. Si las partes consideran la confidencialidad como un elemento esencial, y si no se trata de un arbitraje CEPANI, la prudencia encomienda que se provea de modo expreso, sea a través del convenio de arbitraje o a través del acto de misión.

D. Medidas provisionales

1. Competencia para pronunciar medidas provisionales

El artículo 1696 C.J. concede de modo expreso al tribunal arbitral el derecho de ordenar medidas provisionales a pedido de una de las partes, excepto en cuanto a las medidas conservatorias. Este poder del tribunal arbitral es concomitante al poder del juez del orden judicial. El artículo 1679, 2.° C.J. prevé que una solicitud en justicia pidiendo medidas provisionales o conservatorias no es incompatible con el convenio de arbitraje y no implica renuncia por parte de las partes al convenio de arbitraje.

2. Condiciones

El artículo 1696 C.J. no define las condiciones necesarias para conseguir medidas provisionales, salvo que este tipo de solicitud debe ser formulada ante un tribunal arbitral ya constituido. Las condiciones son dejadas a la libre apreciación de los árbitros o pueden ser pre-definidas en el acto de misión. El procedimiento relativo a las medidas provisionales puede ser organizado en un lapso de tiempo breve, teniendo en cuenta una situación de urgencia, pero siempre deberá ser llevado a cabo de modo contradictorio.[33]

[33] Por lo tanto, no es posible obtener medidas por sorpresa, a través de un recurso a un procedimiento unilateral.

Desde el 1 de enero del 2013, el Reglamento CEPANI prevé también la posibilidad de obtener medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral por un árbitro específicamente designado para tratar una solicitud en ese sentido. (Art. 26 del Reglamento CEPANI; también ver art. 29 del Reglamento CCI).

3. Tipo de medidas provisionales

El artículo 1696 C.J. no contiene una lista ni tampoco enumera las medidas provisionales que pueden ser solicitadas al tribunal arbitral. Este artículo precisa que el tribunal arbitral no tiene competencia para pronunciar medidas de embargo. El artículo 27.1 del Reglamento CEPANI integra una referencia específica a la constitución de garantías o la constitución de una provisión de fondos.

4. Recurso contra las medidas provisionales

Las medidas provisionales son pronunciadas por los árbitros por medio de un auto de procedimiento o un laudo.[34] No se pueden introducir recursos contra un auto de procedimiento decidido por un tribunal, mientras que un recurso en anulación puede ser presentado contra un laudo. Sin embargo, en ambos casos, las medidas provisionales son por naturaleza provisorias, es decir, que es posible pedirle al tribunal que las retracte en función de la evolución de la situación o de elementos nuevos que pudieron haber surgido posteriormente a la decisión relativa a las medidas.

5. Ejecución forzosa de las medidas provisionales (pronunciadas en Bélgica o en el extranjero)

Excepto cuando incorporadas en un verdadero laudo arbitral, las medidas provisionales pronunciadas por un tribunal arbitral con sede en Bélgica no son susceptibles de una ejecución forzosa.

Igualmente, tratándose de medidas provisionales pronunciadas por un tribunal arbitral con sede en el extranjero, será difícil obtener una ejecución forzosa, excepto si se puede demostrar que se trata en realidad de la ejecución forzosa de un laudo arbitral.

Sin embargo, las medidas provisionales pronunciadas por un juez del orden judicial son, en principio, más fáciles a ejecutar. La ejecución forzosa de medidas provi-

---

[34] *Cfr.* el artículo 27 del Reglamento CEPANI que prevé expresamente que «Estas medidas son el objeto de un auto motivado o, si el tribunal arbitral estima adecuado un laudo». La misma regla se aplica en el caso de una decisión por un árbitro de emergencia (art. 26.10 Reglamento CEPANI).

sionales pronunciadas por un juez belga podría ser fácilmente obtenida, suponiendo que exista la posibilidad material de ejecutarla en Bélgica, es decir, en caso de bienes que se puedan embargar en el país.

Por último, en el caso en que las medidas provisionales fuesen pronunciadas por un juez extranjero, la decisión judicial sería susceptible de ser ejecutada en Bélgica, según las condiciones del Reglamento n.° 44/2011 en el caso de un fallo pronunciado en un país miembro de la Unión Europea o en las condiciones previstas en los artículos 22 a 25 del Código de Derecho Internacional Privado en el caso de un fallo emitido fuera de la Unión (bajo reserva de la existencia de un tratado bilateral con el país en cuestión).

E. Derecho aplicable al fondo del litigio

1. Elección del derecho aplicable por las partes

El derecho internacional privado belga reconoce, en materia contractual, el principio de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, el derecho a que las partes puedan elegir el derecho aplicable. Esta regla deriva del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —aplicable a los contratos en vigor antes del 17 de diciembre de 2009— y del Reglamento de la Unión Europea n.° 593/2008 del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («*Reglamento Roma I*») —aplicable a los contratos en vigor a partir del 17 diciembre 2009—. La elección de las partes es reconocida sea cual sea el derecho escogido (derecho de un país miembro de la Unión o no).

2. Determinación del derecho aplicable para el tribunal en ausencia de elección por las partes

En materia contractual, el derecho internacional privado belga contiene reglas que permiten definir el derecho aplicable, si las partes omitieron elegir éste. Bajo reserva de algunas reglas aplicables a ciertos contratos (contratos con consumidores, contratos laborales), el contrato es regido, a falta de elección, por la ley del país con el cual el contrato presenta los lazos más estrechos (art. 4 del Convenio de Roma), o por la ley que resulta de la regla específica que figura en el artículo 4 del Reglamento de Roma I.[35]

[35] El artículo 4 del Reglamento de Roma I determina con precisión la ley aplicable en el caso en que las partes omitieron elegirla para una serie de contratos comunes (*p. ej.*, contrato de venta: ley del país donde el vendedor tiene su residencia habitual). Para los otros contratos, la regla es que el contrato esté bajo la ley del país en el que la parte que debe proveer la prestación principal

3. Límites a la libertad de las partes y de los árbitros (orden público y leyes de policía)

Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento de Roma I contienen los límites a la libertad de las partes (y de los árbitros). En primer lugar, una disposición de la ley extranjera elegida por las partes puede ser apartada si esta disposición es manifiestamente incompatible con el orden público del país donde el arbitraje tiene su sede (*lex fori*).[36] En segundo lugar, la elección de las partes no puede contravenir a la aplicación de las leyes de policía de la *lex fori*[37] o de las leyes imperativas del país al cual se vinculan los elementos de la situación.[38] Las leyes de policía del país donde el contrato fue ejecutado pueden también ser tomadas en consideración si rinden la ejecución del contrato ilegal.[39] Por último, sobre la base de una nueva disposición introducida en el Reglamento de Roma I, cuando todos los elementos de la situación están localizados en uno o varios Estados Miembros de la Unión Europea, la elección de las partes del derecho de un país no miembro de la Unión no puede perjudicar la aplicación de las disposiciones imperativas del derecho comunitario.[40]

F. El laudo

1. Generalidades

El artículo 1699 C.J. dispone que el tribunal arbitral toma una decisión definitiva a través de una o más sentencias.[41] Se trata del reconocimiento del poder del tribunal de decidir sobre una diferencia que le es sometida a través de un solo laudo o de varios. De este modo, las cuestiones previas pueden ser objeto de sentencias parciales antes de que intervenga el laudo final.

El Código Judicial no prevé un plazo en el cual el laudo tiene que ser rendido. En virtud del artículo 1698, 1.° C.J., las partes pueden, sin embargo, hasta la aceptación de su misión por el primer árbitro, fijar el plazo en el cual el laudo tiene que

---

tiene su residencia principal. El Reglamento Roma I contiene disposiciones particulares que se aplican al contrato de consumo, laboral, transporte y seguros.

36 Art. 21 del Reglamento de Roma I; antiguamente art. 16 del Convenio de Roma.

37 Art. 9.2. del Reglamento de Roma I; antiguamente art. 7.2. Convenio de Roma.

38 Art. 3.3. del Reglamento de Roma I; antiguamente art. 3.3. Convenio de Roma.

39 Art. 9.3. del Reglamento de Roma I, antiguamente art 7.1. Convenio de Roma (formulación levemente diferente).

40 Art. 3.4. del Reglamento de Roma I.

41 Para una presentación completa de las cuestiones relativas al laudo arbitral, ver en particular la contribución de Caprasse, O. y D. De Meulemeester. «De arbitrale uitspraak». En *La sentence arbitrale*, Colloque CEPANI 40. Bruxelles: Bruylant, 2006, pp. 39 y ss.

ser rendido o puede prever las modalidades para fijar este plazo.[42] En el caso de un arbitraje institucional, el plazo es generalmente previsto por el centro de arbitraje, aunque es susceptible de ser prorrogado.[43]

El artículo 701 C.J. prevé que la sentencia es rendida siguiendo una deliberación por parte de todos los árbitros y según la mayoría de los votos, excepto si las partes acordaron otro tipo de mayoría.[44] El laudo debe ser rendido por escrito, firmado por los árbitros, al menos por la mayoría de éstos, y ser motivado.[45] La decisión debe comportar además del dispositivo, el nombre y domicilio de los árbitros y de las partes, el objeto de la diferencia, la fecha del laudo y la sede del arbitraje.

Una vez rendido, el laudo arbitral debe ser notificado por el envío a cada parte de un original. El envío está, en el sistema del C.J., asegurado por el presidente del tribunal arbitral o por el árbitro único (art. 1702 C.J.).[46] En principio, el presidente del tribunal debe también depositar un original del laudo en el archivo del Tribunal de Primera Instancia, pero esta formalidad no conlleva nulidad en caso de no observación y las partes pueden, y frecuentemente lo hacen, disponer que no es necesario.[47] A partir de su notificación a las partes, el laudo arbitral las beneficia de la autoridad de cosa juzgada (*res judicata*) (art. 1703 C.J.).[48]

---

[42] Una gran prudencia se impone en la fijación del plazo. En efecto, el laudo que sería rendido por los árbitros cuando el plazo ya expiró, sería susceptible de anulación, ya que los árbitros habrían tomado la decisión en un momento en el cual ya no tienen el poder y cometen así un exceso de poder (art. 1704, 2.°, d C.J. ver *infra*). Una fórmula relativamente flexible y que deja a los árbitros (o al centro de arbitraje) un margen, es preferible a un plazo fijo.

[43] Ej. Reglamento CEPANI: plazo de dos meses para la firma del Acto de Misión a partir de la presentación del expediente a los árbitros; plazo de cuatro meses para rendir el laudo a partir de la fecha del acto de misión. Estos plazos pueden ser prorrogados.

[44] Las partes podrían también prever que los árbitros deben decidir a la unanimidad; en la práctica esto se produce raramente.

[45] La exigencia de motivación es esencial en el derecho belga ya que es considerada como de orden público. En un caso reciente, la ausencia de motivación en un laudo americano (U.S.A.) condujo al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas a negar el *exequátur* (Civ., Bruxelles, 30 de marzo del 2011, R.D.C. 2012/2, p. 189, con nota crítica de VERBRUGGEN, C.

[46] En el caso de un arbitraje CEPANI, el laudo arbitral es transmitido por el tribunal arbitral a la secretaría del CEPANI, en tantos originales como partes, más uno para el CEPANI. Es, entonces, la secretaría del CEPANI que notifica el laudo a las partes. El procedimiento no incluye un examen previo del laudo por el CEPANI (comp. el sistema CCI que prevé un tal examen previo: art. 27 del Reglamento CCI; art. 33 del Reglamento CCI 2012).

[47] Ver el artículo 31.3. del Reglamento CEPANI, que prevé que el depósito se realiza sólo si una de las partes lo pide dentro del mes que sigue la notificación.

[48] Sobre esta cuestión, ver en particular HANOTIAU, B. «Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales». En *Liber Amicorum Lucien Simont*. Bruxelles: Bruylant, 2002, pp. 301 y ss.

2. Recurso

No existe el recurso de apelación contra un laudo, salvo si las partes lo organizaron de modo expreso, pero no es la práctica.

Las partes pueden, sin embargo, solicitar la anulación del laudo ante el tribunal de primera instancia. El artículo 1704 C.J. enumera de modo exhaustivo los causales que justifican una anulación del laudo:

(a) si el laudo es contrario al orden público;[49]

(b) si la diferencia no es susceptible de ser resuelta por medio de un arbitraje;

(c) si el convenio de arbitraje no es válido;

(d) si el tribunal arbitral excedió su competencia o sus poderes;[50]

(e) si el tribunal arbitral omitió resolver uno o varios puntos de la diferencia y si estos puntos no pueden ser disociados de los puntos sobre los cuales el tribunal se pronunció;

(f) si el laudo fue rendido por un tribunal arbitral que no fue constituido de modo regular;

(g) si las partes no tuvieron la posibilidad de hacer valer sus derechos y argumentos[51] o si no se respetó cualquier regla imperativa de procedimiento arbitral, siempre y cuando esta falta haya tenido una influencia sobre el laudo arbitral;

---

[49] Los casos de aplicación son poco comunes. En el caso SNF c/ Cytec, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Civ. Bruxelles, 8 de marzo de 2007, Rev. Arb., 2007.303) anuló por este motivo (contrariedad al derecho de la competencia CE), pero la decisión fue reformada a nivel de la Corte de Apelación de Bruselas (Bruselas, 22 de junio de 2009, R.C.B., 2009, liv. 4,41).

[50] Justifica la anulación del laudo el hecho de que éste sea rendido fuera de los plazos. *Cf.* Cass., 5 de marzo de 2009, C.08.0028.F/1, disponible en www.juridat.be.

[51] La Corte de Casación recientemente confirmó el carácter autónomo de este argumento: una violación de los derechos de la defensa justifica la anulación del laudo sin que sea necesario establecer que esta violación haya tenido una influencia sobre el laudo (Cass. 25 de mayo de 2007, R.C.J.B., 2010, p. 445, con nota Hanotiau, B. y O. Caprasse). Esta Corte también confirmó recientemente que una violación de los derechos de la defensa (en este caso el hecho de que los árbitros habían entrevistado una persona en la ausencia de una parte y sus consejeros) puede ser invocada para justificar la anulación del laudo aunque la parte no hubiese planteado la queja ante los árbitros durante el procedimiento; Cass., 21 de enero del 2011, C.09.0625.N/1, disponible en www.juridat.be.

(h) si la decisión no fue rendida por escrita y firmada por los árbitros (al menos por la mayoría de éstos);

(i) si el laudo no está motivado;[52]

(j) si el laudo contiene contradicciones;[53]

(k) si el laudo fue obtenido por fraude;

(l) si el laudo está fundado en una prueba declarada falsa por una decisión judicial o fue reconocida como falsa *a posteriori*;

(m) si, desde que el laudo fue rendido, se descubrió un documento u otro elemento de prueba que hubiese influido de manera decisiva el laudo y que había sido ocultado por la parte adversa.

Los motivos citados en c), d) y f) no pueden, sin embargo, ser invocados para justificar una anulación del laudo cuando la parte no los invocó durante el procedimiento, a pesar de que los conocía.

La decisión del Tribunal de Primera Instancia con respecto a la solicitud de anulación puede ser el objeto de un recurso en apelación ante la Corte de Apelación. Es posible que este recurso sea eliminado en el marco de la reforma del derecho del arbitraje en Bélgica que se anticipa se llevará a cabo en el 2013.

En virtud del artículo 1717, 4.° C.J., las partes pueden anticipadamente renunciar a los recursos en anulación, pero solamente cuando éstas no tienen la nacionalidad belga ni tampoco son residentes o tienen sucursal en Bélgica.[54] La renuncia debe ser clara y sin ambigüedad y debe expresamente tener como objeto el recurso en anulación. La renuncia general en los varios reglamentos de arbitra-

---

[52] La motivación constituye en este sentido una simple exigencia de forma, sin que su justeza pueda ser controlada. El hecho de darle a un elemento del expediente una interpretación inconciliable con sus términos no justifica en sí la anulación de un laudo arbitral. *Cf.* Cass. 10 de noviembre de 2005, C.04.0452.N/1, disponible en www.juridat.be.

[53] La jurisprudencia actual de la Corte de Casación es favorable a una interpretación abierta de esta causa de anulación. Tal es así que la contradicción será la base de una anulación a pesar de que no haya contradicción en el razonamiento del laudo, pero que haya contradicción en la motivación aunque esta motivación esté de más (Cass. 13 de enero de 2011, J.T., 2011, p. 492). Esta interpretación es criticada por la doctrina: DE FOESTRAETS, G. «Le contrôle de la motivation d'une sentence arbitrale par le juge de l'annulation», observaciones bajo Cass. 13 de enero de 2011, J.T., 2011, pp. 492 y ss. HANOTIAU, B. y O. CAPRASSE. «L'annulation des sentences arbitrales», J.T., 2004, pp. 413 y ss., spec. p. 425, n.° 82.

[54] La idea es que en este caso, el control de la regularidad del procedimiento y de la no violación del orden público será considerada ante el juez del exequátur.

je, y que se dirige a «todo recurso»,[55] sin indicar de manera específica al recurso en anulación en sí, no puede ser considerada como una renuncia al recurso en anulación.[56]

El recurso en anulación debe ser introducido en un plazo de tres meses a partir del día en que el laudo fue notificado a las partes. En los casos (l) y (m) indicados anteriormente, el plazo es de tres meses a partir del momento en que se descubre el fraude o la falsedad del documento.

Existe una controversia sobre la cuestión, pero se considera que, en principio, el recurso en anulación no tiene efectos suspensivos.

IV. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros

Para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero en Bélgica, el que lo requiere debe obtener un auto de exequátur al Tribunal de Primera Instancia. Un tal auto se obtiene de modo relativamente rápido, en un plazo que no excede normalmente dos semanas siguiendo la introducción de un expediente completo. El procedimiento en esta etapa no es contradictorio (*ex parte*). Cuando el tribunal pronuncia un auto de exequátur, la otra parte puede dentro de un plazo de un mes presentar una oposición. De este modo, el procedimiento se vuelve contradictorio.

El Tribunal de Primera Instancia decide en función del convenio internacional en vigencia entre Bélgica y el país de origen del laudo. El artículo 1723 C.J. prevé que en caso de ausencia de convenio internacional en vigencia, el exequátur puede ser rechazado 1°) si el laudo puede aun ser atacado ante los árbitros y si los árbitros no ordenaron su ejecución provisoria a pesar de la existencia de un recurso de apelación, 2°) si el laudo o su ejecución es contrario al orden público o si la diferencia no puede ser resuelta por medio de un arbitraje, o 3°) si queda establecido que existe una causa de anulación prevista en el artículo 1704 C.J. Por lo tanto, aun en la ausencia de convenio internacional, las causas de rechazo de exequátur son limitadas y el procedimiento rápido, sin que el caso vuelva a ser juzgado.

---

[55] *Cf.* p. ej., el artículo del Reglamento CCI.- Artículo 32.2 del Reglamento CEPANI; en este caso, el artículo considera: «A través de la sujeción al arbitraje del CEPANI y salvo en caso de renuncia expresa exigida por la ley, las partes renuncian a todas las vías de recursos a las que pueden válidamente renunciar» (subrayado agregado).

[56] *Cf.* en este sentido, las decisiones del Tribunal de Primera Instancia y de la Corte de Apelación de Bruselas en el caso Cytec c/ SNF.

La decisión, a través de la cual el tribunal de primera instancia decide contradictoriamente la solicitud de exequátur, puede ser el objeto de un recurso ante la Corte de Apelación.

La decisión que conlleva el exequátur está sujeta a un impuesto equivalente al 3% del monto de la condena pronunciada por el laudo arbitral y que recibe ejecución.[57] Este impuesto es, en principio, reclamado por la administración a la parte condenada; aunque en principio, las partes son solidarias de este impuesto, y de este modo la administración podría también pedir el pago a la otra parte.

V. Conclusiones

El derecho belga del arbitraje está bien desarrollado y se articula de modo coherente en una legislación cuyas últimas modificaciones remontan a 1998.

Bélgica, situada en el corazón de Europa, dispone de todas las ventajas como sede de arbitraje: neutralidad, localización, calidad de las prestaciones y costas razonables. El arbitraje se desarrolla de modo harmonioso, tanto en materia de arbitraje institucional, (CCI o CEPANI, más comúnmente) como en materia de arbitraje *ad-hoc*.

Quedan, sin embargo, progresos a realizar para mejorar la organización del orden judicial hacia una más grande eficiencia y rapidez en la intervención de sus tribunales.[58] Es en esta dirección que se espera que el derecho belga del arbitraje sea modificado a corto plazo. Los inconvenientes actuales pueden, sin embargo, ser evitados si se elige un arbitraje institucional en vez de un arbitraje *ad-hoc* y, cuando las partes son extranjeras, si ellas renuncian intencionalmente al recurso en anulación, dejando así el control del laudo arbitral al juez del exequátur.

---

57 Art. 142 del Código del IVA.

58 *Cf*. artículo de una de las co-autoras: VERBRUGGEN, C. «Belgium. A call for reduced judicial intervention». Newsletter Arbitration de la IBA, septiembre 2008, vol. 13, n.° 2.

Bulgaria (Bulgary)

Alexander Kaztarsky

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Bulgaria.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Bulgaria as a seat of arbitration.— 3.1. The arbitration agreement.— 3.1.1. Validity of the arbitration agreement.— A. Formal validity.— B. Substantive validity and arbitrability.— 3.1.2. Separability of the arbitration agreement.— 3.1.3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *kompetenz-kompetenz*).— 3.2. The arbitral tribunal.— 3.2.1. Composition of the arbitral tribunal.— 3.2.2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3.2.3. Independence and impartiality of arbitrators.— 3.2.4. Challenge and Inability of an arbitrator.— A. Challenge of arbitrators.— B. Inability of an arbitrator.— C. Replacement of an arbitrator.— 3.3. The arbitral procedure.— 3.3.1. Law governing the arbitral procedure.— 3.3.2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3.3.3. Taking of evidence.— 3.4. Provisional measures.— 3.4.1. Jurisdiction to pronounce provisional measures.— 3.4.2. Conditions for ordering provisional measures.— 3.4.3. Type of provisional measures.— 3.4.4. Challenge and appeal against provisional measures.— 3.4.5. Enforcement of provisional measures.— A. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Bulgaria.— B. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— 3.5. Law governing the merits of the case.— 3.5.1. Choice of law by the parties.— 3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3.5.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— 3.6. The award.— 3.7. Challenge and revision of the award.— 3.7.1. Challenge of the award.— A. Grounds for challenging awards.— B. Proceedings.— 3.7.2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

According to the Bulgarian law the arbitration is an international one when the domicile or the seat of at least one of the parties is not in the Republic of Bulgaria. So the residence of the parties is the exclusive criterion for

determination of the arbitration as domestic or international. The Bulgarian law allows both parties with a domicile or a seat abroad to choose Bulgaria as a seat of arbitration.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Bulgaria

For the first time arbitration in Bulgaria was regulated by the Civil Court Proceedings Act as of 1892 (substituted in 1930 with an act under the same title and with similar provisions in respect of arbitration). This Act provided for two types of arbitration: voluntary and mandatory. The first one —the arbitration *strictu sensu*— applied to the disputes already existing at the time of execution of the arbitration agreement. Future disputes were allowed to be subject to the mandatory arbitration only. The Act provided the arbitration agreement to be executed as a contract between the parties and the arbitrators in written form and with a notary certification. For future disputes the Act provided a preliminary agreement to be executed between the parties in order to oblige them when a dispute concerning this contract arises, to conclude an arbitration agreement in the required form for submission of that dispute to arbitration. Provided a party to such a preliminary contract refused to conclude the final arbitration agreement, the other party was allowed to request the court for issuance of a ruling on the matter. The ruling had the same content as the arbitration agreement and substituted it. With the same ruling the court used to appoint an arbitrator.

According to the Act, the arbitrator was not obliged to apply any law, but decided the case *ex aequo et bono*. His decision was final and enforceable. The Act provides grounds for nullity of the award as well as grounds for setting it aside by the Supreme Court of Cassation.

This legal regime remained until the enactment of the Civil Procedure Code as of 1952.

Under the Civil Procedure Code as of 1952 only international commercial arbitration, *i.e.,* arbitration between Bulgarian and foreign legal entities, was allowed. A domestic arbitration was not allowed by the Code. The regulation of the Code concerning the arbitration was too vague, there were only several provisions. They provided for a written form of the arbitration agreement and recognized the awards of the Arbitration Court at the Bulgarian Chamber of Commerce and the settlements reached before it as enforceable acts (since 1961).

In practice the detailed regulation of the arbitration proceedings was produced by the Rules for Arbitration of the International Commercial Arbitration Commission, established in 1952 as an arbitration institution at the Bulgarian Chamber of Commerce. This institution, now under the name of Arbitration Court at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, was an international institutional arbitration provided for in art. 16 of the External Trade Act as of 1969.

For the first time in Bulgarian law the International Commercial Arbitration Act (ICCA), enacted in 1988 and in force now, as amended from time to time, provided an elaborate and modern regulation on the commercial arbitration. The Act is based on the UNCITRAL Model Arbitration Law 1985 (the Model Law) and implements its principles and most of its recommendations but the Act has not been updated according to the amendments to the UNCITRAL Model Arbitration Law as of 2006. Following the model of arbitration provided by the Model Law, ICAA covers all stages of the arbitral procedure from the arbitration agreement to the setting aside of the award and recognition and enforcement of a foreign award.

ICCA allowed domestic arbitration, but only provided when one of the parties is a company with a foreign participation. Shortly afterwards domestic arbitration was allowed in 1989 by the Decree for business activity, initially only between legal entities and sole merchants seated in Bulgaria. Later, by simultaneous amendments to Civil Procedure Code as of 1992 and, consequently, to ICAA as of 1993, the scope of arbitration was extended and the domestic arbitration was allowed irrespectively of the fact whether the parties to the dispute were legal entities or natural persons, or whether the dispute was related to commercial activity or not.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

- International Commercial Arbitration Act 1988 (ICAA)

ICAA is the main domestic source of law in the area of arbitration, both domestic and international. In force since January 1st, 1989 ICAA was amended in 1993 with the purpose to cover also the domestic arbitration. Some amendments —mainly with relation to the procedure for setting aside the award— were adopted in 1998, 2001 and 2002. The last amendments to the Act (2007) were made in connection with the

enactment of the new Civil Procedure Code —in force since March 1st, 2008— and are intended to synchronize the provisions of both acts concerning the competent courts, procedures and time limits for conducting the court proceedings, relevant to the arbitration.

- Civil Procedure Code 2008 (CPC)

Art. 19 deals with the arbitration agreement and its form and determines the arbitrability of the disputes. Arts. 404 to 409 determine the grounds and procedures for issuance of a writ of execution, including on the basis of an arbitral award and settlements where the seat of arbitration is in Bulgaria. As far as the courts of law have jurisdiction over some issues related to the arbitration proceedings they apply CPC when they intervene.

- International Private Law Code 2005 (IPLC)

Apart from the conflict of law rules relevant to the determination of the law applicable to the substance of the dispute that is subject to an arbitration (derogated by Rome I for contracts entered into after December 17th, 2009),[1] the Code also contains the procedural rules for recognition and enforcement of a foreign court decision, to which ICAA expressly refers regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

B. International sources[2]

- Convention for Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards (New York Convention)

The New York Convention was signed by Bulgaria on December 17th, 1958 (Bulgaria was one of the signatories), ratified on July 8th, 1961 (the decree for the ratification is published in the State Gazette, issue n.° 57 of July 18th, 1961) and is in force since January 8th, 1962. The text of the Convention has been published in the State Gazette, issue n.° 2 of January 8th, 1965.

---

1 IPLC rules regarding the law applicable to contractual obligations follow very closely the Rome Convention substituted by Rome I and in force for Bulgaria since EU accession as of January 1st, 2007.

2 Bulgaria is a party to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (the Washington Convention), in force for Bulgaria since May 13th, 2001, as well.

Upon ratification Bulgaria made a reservation pursuant to art. 1, Para. 3, sent. I of the Convention. So the New York Convention is applicable to arbitral awards issued in the territory of another contracting state. It is applied in respect of awards issued in the territory of non-contracting states on the basis of strict reciprocity, only to the extent to which those states grant reciprocal treatment of Bulgarian arbitral awards.

Art. 51, Para. 2 of ICAA refers to the international instruments to which Bulgaria is a party in respect of the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. As a result no implementing legislation has been enacted. So the New York convention is directly applied by the Bulgarian courts, and thus, any risk of incorrect implementation in the national legislation has been avoided.

- European Convention for International Commercial Arbitration (European Convention)

Bulgaria is a party to the European Convention for International Commercial Arbitration (Bulgaria was one of the signatories), ratified on May 13th, 1964 and in force since January 7th, 1964. The text of the Convention was published in the State Gazette issue n.° 57 of July 21st, 1964. Bulgaria made no reservations or declarations.

- Bilateral Mutual Legal Assistance Treaties

Bulgaria is a party to bilateral mutual legal assistance treaties with several countries, some of them containing rules on the mutual recognition and enforcement of arbitral awards and even the settlements reached before the arbitration. These rules provide for conditions of refusal for recognition and enforcement that usually slightly differ from the ones pursuant to art. 5 of the New York Convention.

C. Role of EU law

There is no specific EU procedural law applicable to the international arbitration.

Regulation (EC) n.° 593/2008 of the European Parliament and the Council of June 17th, 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) is a part of the Bulgarian International Private Law and is directly and universally applicable according to art. 2 of it. The same is with the Rome Convention.

III. The election of Bulgaria as a seat of arbitration

3.1. The arbitration agreement

3.1.1. Validity of the arbitration agreement

The arbitration agreement has to comply with the requirements of the law for its validity. These requirements include the statutory provisions concerning the legal capacity of the parties to the agreement, the form of the agreement and the capability of the dispute to be settled by arbitration. The legal capacity of the parties is determined by the personal law of the natural person or the legal entity. According to art. 3 of ICAA Bulgaria as a state and legal entities of Bulgarian public law have the right to conclude arbitration agreements.

A. Formal validity

Art. 7 of the Model Law, as amended in 2006, allows two options concerning the form of the arbitration agreement. The first approach follows the New York Convention in requiring written form of the agreement, but recognizes a record of the «content» of the agreement in any form as equivalent to traditional «writing», no longer requiring signatures of the parties or an exchange of messages between them. It also covers the situation of «an exchange of statement of claim and defense» in which the existence of the arbitration agreement is alleged by one party and not denied by the other, as well as the arbitration agreement concluded by reference to the other document (*e.g.*, general terms and conditions). The second approach defines the arbitration agreement in a manner that omits any form requirement.

The Bulgarian ICAA follows the first approach. According to art. 7, para. 2 of ICAA the arbitration agreement has to be in written form. The law also recognizes consent of the parties when the consent is evidenced in a document signed by the parties, or in exchange of letters, telex, telegrams or other forms of written communications equivalent to a written agreement. Furthermore, the arbitration agreement is considered concluded if the respondent accepts in writing or by a statement, recorded in the minutes of the arbitration hearing, that the dispute is to be settled by the arbitration or when the respondent takes part in the arbitration proceedings without challenging the jurisdiction of the arbitration. ICAA does not provide for the electronic communications as an equivalent to the agreement in written form. However, from art. 3, para. 2 of the E-Document and E-Signature Act clearly follows that when an e-document signed via an e-signature by each party contains an arbitration agreement, the agreement is valid as far as the written form has been observed.

It is possible the arbitration clause to be included in general terms and conditions offered by one of the parties. In order a valid arbitration clause to be concluded the general terms and conditions containing the arbitration clause have to be delivered from the party offering them to the other one. It is advisable the delivery to be confirmed in writing by the addressee of the general terms and conditions. If the party offered the general terms and conditions fails to prove the delivery to the other party, this party may successfully challenge the jurisdiction of the arbitration. Usually the addressee of the general terms and conditions provides a written statement that he/she is not only aware of them, but also has received a copy of them.

In respect of the general terms and conditions in an agreement executed with a consumer the Consumer Protection Act provides that a clause excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions may be deemed as null and void.

B. Substantive validity and arbitrability

The dispute that the parties have agreed to be submitted to arbitration has to be capable to be settled by arbitration according to the provisions of the applicable law. The relevant one is not only the law applicable to the arbitral agreement, but also the law of the seat of arbitration. Usually the law of the seat of arbitration is applicable also to the arbitral agreement, but the parties may choose another law to apply to the arbitral agreement. Both laws should be adhered to, as the arbitration award will be rendered and respectively challenged in the state of the seat of arbitration. The award may be set aside due to the lack of arbitrability of the dispute according to the law of the state of the seat of the arbitration.

According to the provision of art. 19, para. 1 of the CPC any civil or commercial property dispute is capable of settlement by arbitration except for disputes in respect of any rights *in rem* or possession of real estate, maintenance obligations or rights under an employment relationship. *Per argumentum a contrario* from the provision of art. 19 of CPC, any dispute other than a civil or commercial property dispute is not allowed to be settled by arbitration. These are either disputes that are not civil or commercial (*e.g.*, administrative disputes) or non-property disputes such as disputes concerning personal rights (*e.g.*, parental rights) or the legal status of a natural person (*e.g.*, divorce, establishment of origin) or legal entities (*e.g.,* annulment of a decision of the general meeting of the shareholders, dissolution of a company or a partnership or declaring the nullity of a legal person).

In addition to pure legal disputes ICAA includes in the scope of international commercial arbitration disputes for filling the gaps in a contract or its adaptation to new or changed circumstances.

The provisions concerning the capability of a dispute to be settled by arbitration are imperative. An arbitral agreement related to a dispute not capable to be settled by arbitration will be null and void under the Bulgarian law and the award based on such an agreement may be set aside on the grounds of art. 47, para. 3, sent. I of ICAA when the seat of arbitration is in Bulgaria. Otherwise, when the seat of arbitration is in another country, the Bulgarian court may reject as per art. 5, para. 2 of the New York Convention, any claim for recognition and enforcement of foreign arbitral award related to a dispute that falls within the exclusive jurisdiction of the courts of law according to the Bulgarian law.

3.1.2. Separability of the arbitration agreement

According to art. 19, para. 2 of ICAA the arbitration clause, contained in another agreement, is separate and independent from the rest of the agreement, so that the nullity of the agreement does not mean nullity of the arbitration clause. Consequently, the arbitration is competent to decide on the nullity of agreement or its revocability as a result of mistake, fraud, threat or financial duress.

3.1.3. Extension of the arbitration agreement to third parties

As an agreement the arbitration agreement has legal effect only *vis-a-vis* the parties to it. Nevertheless, in some cases it has effect *vis-à-vis* a third party. Although there is no case law of the courts of law, it is well accepted among the Bulgarian institutional arbitrations that in case of assignment of receivables, debts the arbitration clause included in the respective agreement has legal effect between the assignee and a third party; this third party being a debtor or creditor of the assignor pursuant to the agreement assigned (although between the assignee and the counter-party there is no arbitration agreement). The same is applicable in case of a contract of transfer of a commercial enterprise between the assignee and the counter-parties of the assignor pursuant to agreements which are part of the commercial enterprise and contain an arbitration clause.

On the other hand, the joint liability of a person is not sufficient *per se* (*e.g.,* in case of surety or a guarantee) the arbitration clause to have legal effect towards this person if the said person is not a party to the arbitration agreement.

3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of kompetenz-kompetenz)

The arbitral tribunal rules on its own jurisdiction. Unlike the Model Law (it provides the arbitration ruling upon request of a party to be reconsidered by a court of law), ICAA provides that in any case the decision of the arbitral tribunal on its jurisdiction is final and subject to no appeal.

A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction may be raised at the latest with the submission of statement of defense. The plea that a matter goes beyond the jurisdiction of the tribunal shall be raised immediately. In both cases the arbitral tribunal may admit a later plea if it considers the delay justified.

The arbitral tribunal may rule on its jurisdiction as a preliminary question with a separate ruling or decide on it with its final award on the merits (when the ruling on the jurisdiction depends on issues related to the merits of the case).

Nevertheless, the Bulgarian courts of law may turn out to have concurring competence to rule on the jurisdiction of arbitration with a seat in Bulgaria or abroad.

Art. 8 of ICAA provides that the court of law in front of which a claim is pending related to a dispute that is subject to an arbitration agreement is obliged to terminate the case if the respondent refers to the arbitration agreement within the time limit for submitting the statement of defence. The provision is mandatory and applies irrespectively whether the arbitration agreement envisages arbitration in Bulgaria or abroad. The court may terminate the case unless it finds that the arbitration agreement is null and void or that it has lost its validity or it is impossible to be executed. The court ruling for termination of the case is subject to appeal. If the court decides that it is not prevented from hearing the case, this finding is not subject to a separate appeal, but may be appealed together with the decision on the merits of the case.

On the other hand, when the claimant has ignored the arbitration agreement and has brought an action to the court, and the respondent within the time limit does not object to the jurisdiction of the court, it is deemed that the parties' consent to arbitrate the same dispute does no longer exist and the arbitration agreement is terminated. In this occasion the jurisdiction of the arbitration is also terminated and the court of law has to consider the case.

But the jurisdiction of the arbitration tribunal to rule on its own jurisdiction is independent of the concurring competence of the court of law to rule on the same

issue. The arbitration proceedings may be initiated, continued or completed by rendering an award, despite the fact that the dispute in question is subject to a pending lawsuit in a local or foreign court.

3.2. The arbitral tribunal

3.2.1. Composition of the arbitral tribunal

The parties may determine the number of arbitrators. When they have not determined the number of arbitrators, the tribunal consists of three arbitrators. Unless otherwise agreed by the parties when the arbitral tribunal consists of three arbitrators, each party appoints an arbitrator and the two arbitrators appoint the third one.

The law does not provide for any requirements and limitations with relation to the qualification of the arbitrators. The parties may agree that the dispute will be arbitrated by an arbitrator or arbitrators with specific qualifications. If the parties fail to agree on the appointment of arbitrators, the appointing authority is obliged to select an arbitrator taking into consideration his or her qualifications as they have been agreed by the parties, as well as all circumstances which ensure the appointment of independent and impartial arbitrator.

The rules of the arbitration institutions may provide for requirements to be satisfied by the arbitrators (*e.g.*, to be legal professionals). Usually Bulgarian institutional arbitration institutions keep a list of arbitrators.

3.2.2. Constitution of the arbitral tribunal

The parties may determine the procedure for composition of the arbitral tribunal. If they fail to agree on the procedure, the following rules of ICAA apply. If within 30 days after receiving the request from a party, the other party does not appoint an arbitrator or if the two arbitrators fail to agree on the appointment of the third arbitrator within 30 days from their appointment, the Chairman of the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry appoints an arbitrator upon request of one of the parties. The same rule applies when the tribunal consists of a sole arbitrator and the parties cannot agree on the appointment. Usually when an institutional arbitration is agreed, its rules provide the arbitration institution (via the president of the respective arbitration court) to act as an appointing authority.

3.2.3. Independence and impartiality of arbitrators

An arbitrator must be impartial and independent from the parties.

The provision of art. 13 of ICAA imposes an obligation to any person who is approached with an offer to be nominated as an arbitrator or is appointed as arbitrator to disclose all circumstances that may raise any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. This obligation remains during the whole arbitration procedure and the arbitrator has to reveal without delay any such circumstance that has arisen after the appointment.

3.2.4. Challenge and Inability of an arbitrator

A. Challenge of arbitrators

When there are circumstances that give rise to justifiable doubts as to the impartiality or independence of the arbitrator or if he does not possess professional qualifications agreed upon by the parties, the arbitrator may be challenged by the parties. He may be challenged also by the party who has appointed him, but such a challenge may be grounded only on circumstances that have arisen or are disclosed after the appointment.

The parties may agree upon the procedure for challenging an arbitrator. In the absence of an agreement, an arbitrator may be challenged by a party not later than 15 days after the party has become aware of the constitution of the arbitral tribunal or becomes aware of any circumstance which gives legal grounds for the challenge.

The claim for a challenge has to be submitted to the arbitral tribunal in writing and the circumstances on which the challenge is grounded must be stated. Unless the challenged arbitrator voluntarily resigns from his or her duties or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

If the challenge is rejected by the arbitral tribunal, the party, who initiated it, may request, whithin 7 days after having received the notification about the decision rejecting the challenge, the Sofia City Court to decide on the challenge. The court considers the petition in compliance with the CPC rules in respect of appeal of rulings. The applicability of the rule providing for a court review of the tribunal's decision on the challenge of an arbitrator may not be derogated by the parties.

The arbitral tribunal may continue the consideration of the case and render an award, notwithstanding the challenge or the pending request before the court concerning the challenge.

B. Inability of an arbitrator

When an arbitrator becomes unable to perform his duties or for other reasons fails to act without undue delay his or her mandate must terminate. The arbitrator may withdraw from his duties on his own initiative or the parties may agree on the termination of his mandate. Otherwise, if a controversy remains, each of the parties may request the Sofia City Court to rule on the suspension of the arbitrator's mandate. The decision of the Court is final and subject to no appeal.

C. Replacement of an arbitrator

When the powers of an arbitrator are suspended, due to a challenge or impossibility to perform his functions, or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed in compliance with the procedure for appointment of the arbitrator whose powers have been suspended.

3.3. The arbitral procedure

The parties may agree on a procedure to be followed by the arbitral tribunal. In the absence of an agreement, the procedure will be determined by the tribunal. In any case each party has to be provided with equal opportunities of presenting its case.

The parties may agree on the language or the languages to be used in the arbitration proceedings and the time period for submission of the statement claim and the statement of defense. In the absence of agreement, these issues shall be determined by the arbitral tribunal. It may issue an instruction all written evidence to be accompanied by a translation in the language or the languages agreed by the parties or determined by the arbitration tribunal.

Based on the Model Law, ICAA provides basic rules covering all stages of the arbitral process, leaving the parties with vast possibilities to modify or replace most of them with other rules to be agreed among the parties. There are only several mandatory provisions connected to the fundamental principles of the arbitration or the public order, from which the parties cannot deviate. Such are the provisions concerning the scope of arbitration, the courts of law intervention, the form of the arbitral agreement, all provisions granting the parties equal opportunity to present their case, execute their rights and be duly informed for the proceedings, as well as most of the provisions concerning the rendering of the arbitral award, its correction, interpretation or addition. The provisions concerning the challenge of an arbitrator, the termination of the powers of the arbitral tribunal, setting aside the arbitral award and recognition and enforcement of the arbitral award are also mandatory.

So the parties are entitled to choose an institutional arbitration or arbitration *ad-hoc*; to determine the number of arbitrators, the appointment procedures, including the appointment institution, the procedural rules to be followed during the case, including the rules for taking evidence, the language and the seat of arbitration, etc.

3.3.1. Law governing the arbitral procedure

The seat of arbitration is the only criterion for determining the applicability of ICAA under the Bulgarian law. According to art. 1, para. 1 of ICAA, the provisions of the Act apply to any arbitration, based on an arbitration agreement, when the seat of arbitration is within the territory of the Republic of Bulgaria. The provision is imperative. The parties cannot deviate from it and choose a foreign law to be applied to the arbitration when the seat of arbitration is in Bulgaria. Nevertheless, the parties or the tribunal may determine a place for conducting of pre-trial conferences, meetings or hearings different from the seat of arbitration, but this does not change the seat of arbitration.

The seat of arbitration determines also the imperative procedural rules applicable to the arbitration, *i.e.* those of the Bulgarian law. It also establishes the Bulgarian courts of law as the courts empowered with the powers to intervene in arbitration proceedings when the Bulgarian law allows so. Although not imperative some other rules of the Bulgarian law are also applicable, unless the parties agree otherwise. For example, when the seat of arbitration is in Bulgaria, the Chairman of the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry will act as an appointing authority.

It depends on the seat of arbitration whether an arbitral award will be deemed «national» or «foreign» and, consequently, whether the provisions of the New York Convention will apply to the recognition and enforcement of such an award. When the seat of arbitration is in Bulgaria, the award does not need any recognition or enforcement within Bulgaria.

3.3.2. Right to be heard and right to equal treatment

ICAA implements the principle of equality of the parties. According to the provision of art. 22, the parties to the arbitration proceedings have equal rights. The arbitral tribunal has to guarantee each party equal opportunity to present its case. Nevertheless, art. 5 of ICAA provides that if a party who knows that any non-mandatory provision of the Act or any clause of the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without objecting to the violation in due time, or within the time limit provided, therefore, is deemed to have waived its right to object.

The initial stages of the arbitration proceedings are elaborated in the ICAA in a way providing each party with a possibility to present its case.

The arbitration proceedings are deemed to be pending from the day when the respondent has received the request for arbitration, unless the parties have agreed otherwise (art. 23 of ICAA). Usually the rules of the institutional arbitrations provide that this is the day when the request for arbitration is received in the secretariat of the institutional arbitration.

The claim and the answer have to be presented within a time period agreed on by the parties or determined by the arbitral tribunal. If the claimant fails to submit the statement of claim within the time limit, the tribunal terminates the proceedings, unless the failure is justified. This rule does not apply to the statement of defense –the tribunal will consider the case even if the respondent fails to reply to the statement of claim–. The absence of an answer is not considered recognition of the claim.

According to art. 27 of ICAA, the statement of claim has to specify the names and the addresses of the parties, the circumstances on which the claim is based and its nature. The written evidence has to be submitted together with the statement of claim and the claimant has to specify any other evidence to be taken.

The respondent has an opportunity to present a written answer to the claim. The statement of defense should include the respondent's opinion on the claim, its objections and the evidence to be taken, the written evidence has to be enclosed to the statement of defense. The respondent may file a counter claim at the latest with the statement of defense.The rules applicable to the claim apply to the counter-claim.

The parties have to be notified in due time about the hearings to be held. The written evidence and statements as well as the reports of the expert witnesses have to be presented in due time to the parties.

The arbitral tribunal continues the proceedings and renders an award on the basis of the evidence even if one of the parties or both of them fail to appear at the hearing. The parties may agree the case to be decided only on the basis of written evidence and statements without a hearing. Nevertheless, the tribunal may convoke a meeting with the participation of the parties if it is deemed necessary for the just and fair settlement of the case.

3.3.3. Taking of evidence

ICAA rules on taking of evidence are rather general. So the arbitral tribunal usually applies the evidentiary rules agreed by the parties or in the absence of such agreement rules determined by the tribunal and notified to the parties. Most often some rules of CPC on taking of evidence are agreed or determined as the applicable ones.

According to ICAA during the proceedings the tribunal may examine witnesses of facts, appoint expert witnesses or inspect documents, goods or other evidence. It may summon the expert witness upon request by any of the parties or upon its own initiative and oblige the expert witness after submitting his/her report to participate in the hearing in order to give clarifications. Upon request of the parties the court may appoint other expert witnesses to provide a report on issues relevant for the dispute. No expert witnesses appointed and presented by the parties are allowed.

When the taking of some evidence relevant for the case depends on a third party's cooperation, the tribunal on its initiative or at a request of the party concerned may ask the competent court of law to take it. The Bulgarian court of law may summon and examine a witness reluctant to appear voluntarily in front of the arbitral tribunal. If the witness refuses to appear in front of the court of law he/she may be fined and made to appear involuntarily. The Bulgarian court of law may request from a third party, including state and municipal bodies, to provide relevant written evidence and in case of refusal may impose a fine.

3.4. Provisional measures

3.4.1. Jurisdiction to pronounce provisional measures

Concerning the interim measures ordered by the arbitral tribunal or the court, ICAA adheres to the original text of article 17 of the Model Law, adopted in 1985. The provisions of the new Chapter IV A of the Model Law, adopted in 2006 are not implemented in the Bulgarian law. In principle the courts of law are the competent ones to pronounce interim measures.

Each party to an arbitration agreement may request from the court of law before and during the arbitration proceedings to order interim measures as security for their rights. The competent court is the one that would have jurisdiction over the case in the absence of an arbitration agreement. Art. 10 of ICAA provides the same possibility in respect of arbitration proceedings to be initiated or still pending abroad. The court of law applies CPC rules in these proceedings.

When granting an interim measure the court of law sets a time limit for bringing of the action which cannot be longer than one month. The claimant has to provide evidence in front of the same court of law that the proceedings have been initiated within the set time limit; otherwise, the court repeals the interim measure *ex-officio*. This rule is not applicable when the arbitration proceedings have been already pending.

According to art. 21 of ICAA the arbitral tribunal may, only upon a demand of one of the parties, order the other party to undertake appropriate measures for securing the rights of the other party. In case such measures are ordered, the tribunal may require the applicant to provide appropriate security.

3.4.2. Conditions for ordering provisional measures

ICAA does not provide explicitly for conditions for ordering the provisional measures (apart from the provision of an appropriate security as a pre-condition established by the tribunal for entering into force of the provisional measure ordered). So when the Bulgarian law is the applicable procedural law, the arbitral tribunals usually apply the conditions established in the CPC and applied by the courts of law.

So interim measures are imposed provided where: (i) there is a reasonable possibility the requesting party to succeed on the merits of the case, the determination of the tribunal being based on the relevant written evidence presented (the lack of sufficient written evidence may be compensated with an appropriate security), (ii) there is a need a provisional measure to be ordered (otherwise, it seems unlikely the subsequent award to be satisfied) and (iii) the provisional measure will not result in a harm not adequately reparable by compensation for damages.

3.4.3. Type of provisional measures

ICAA does not provide for concrete types of provisional measures. Nevertheless, the most effective and most frequently ordered ones —garnishments, real estate liens, etc.— may be ordered only by the courts of law and imposed by bailiffs.

3.4.4. Challenge and appeal against provisional measures

The provisional measures ordered by an arbitral tribunal are final and subject to no appeal.

The ruling of the court of law on a request for ordering provisional measures (either granting them or refusing the measures to be granted) is subject to one-instance appeal in front of the higher court of law and its ruling on the issue is final.

3.4.5. Enforcement of provisional measures

A. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Bulgaria

According to the Bulgarian law the provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Bulgaria may not be enforced. COC rules on enforcement of provisional measures are applicable only when the measures are ordered by a court of law.

B. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

The Bulgarian law does not provide possibility for enforcement of provisional measures ordered by arbitration abroad.

As regards enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts, as an EU member Bulgaria allows enforcement of provisional measures pursuant to Council Regulation (EC) n.° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

3.5. Law governing the merits of the case

According to ICAA the arbitral award has to be based on the applicable law only, and thus the arbitral tribunal may not decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur*. Art. 38 of ICAA generally provides that the arbitral tribunal applies the law selected by the parties and, in the absence of choice, the law applicable according to the conflict of laws rules that it deems applicable. As far as the seat of the arbitration is in Bulgaria the arbitral tribunal will apply the Bulgarian International Private Law.

The detailed provisions of Bulgarian International Private Law are codified in the CPIL, but after Bulgarian accession to EU in the area of the contractual obligations they are substituted by Rome I for contracts entered into after December 17th, 2009. In any case the arbitration tribunal applies the conditions of the contract and takes into consideration the trade customs.

3.5.1. Choice of law by the parties

The arbitration tribunal settles the dispute in conformity with the law selected by the parties. The choice of law is either made explicitly or is clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. Unless otherwise provided, the choice of applicable law is related to the substantive law and not to the conflict of laws rules. The parties may select a law applicable to the whole or to a part only

of the contract. Furthermore, the parties may select the applicable at any time, thus amending the one previously selected by them or applicable by virtue of the conflict of laws rules.

3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

When the parties have not specified their choice of applicable law, the arbitration tribunal applies the law indicated applicable pursuant to Rome I. The general rule that the law of the country where the party, required to effect the characteristic performance of the contract, has his habitual residence (established by the IPLC and the Rome Convention) is the applicable one is combined with a very detailed set of conflict of law rules for a concrete type of contract, and thus, is not directly applied so often.

3.5.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (lois de police)

The freedom of the parties to select the applicable law and the application of the law determined as a governing one by the arbitral tribunal is restricted in several ways:

– Apart from the applicable law (selected or determined according to the conflict of law rules) the overriding mandatory provisions (provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract) of the law of the forum also apply.

– The overriding mandatory provisions of the law of the country where the contractual obligation has to be or has been performed, is also applicable in so far as they make the performance of the contract unlawful.

In these two first cases the applicable law is supplemented by rules of the law of another country although this is not the applicable law.

– The application of a provision of the applicable law may be refused if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

In this case a provision of the applicable law is not applied despite of its principle applicability. According to art. 45, para. 3 of IPLC the arbitration tribunal has to apply another appropriate provision from the same applicable law, and only if there is no such provision in the applicable law, and it is necessary for the settlement of

the case, a provision of the Bulgarian law as a law of the forum may be applied by the tribunal.

The freedom of the parties to select the applicable law is furthermore restricted where apart from the choice of law all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the one the law of which has been chosen. In such case the provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by an agreement (mandatory provisions) are also applicable. Provided that other country is an EU member-state and the law selected is not of an EU member-state, the mandatory provisions of EU law are applicable as well.

3.6. The award

The arbitration award is final. It is pronounced by the arbitral tribunal. Where the arbitrators are more than one, the award is rendered by majority unless the parties have agreed otherwise. The arbitrator who does not agree with the award shall set out a dissenting opinion in writing. If a majority cannot be constituted, the award is rendered by the presiding arbitrator. The award has to contain reasons unless the parties have agreed otherwise. The award is signed by the arbitrator or the arbitrators. In the case of arbitration with the participation of more than one arbitrator, the signatures of the majority of the members of the arbitration tribunal shall be considered sufficient if the signatories have stated the reason for the missing signature. An award by consent may be pronounced on the basis of a joint request of the parties enclosed with the settlement agreed. There is no need to provide reasons in this case.

The award signed by the arbitrators is sent to the parties. ICAA specifies the moment when the arbitral award is considered announced and in force. According to art. 43, para. 3, sent. 2 and 3 the award is considered announced upon its delivery to one of the parties and with its delivery it becomes effective and binding to the parties and may be enforced.

The arbitration tribunal may, upon request by each of the parties or on its own initiative, make corrections in the award concerning calculations, typing errors or any other evident factual error which it has made. The other party is to be notified of the requested correction by the petitioner or by the arbitration tribunal if it acts on its own initiative. Any party may request interpretation of the award after notifying the other party. The request for correction or interpretation is to be made within 60 days after receiving the award unless the parties have agreed on another term. When the arbitration tribunal acts on its own initiative it may make corrections to the award within 60 days from the date of rendering the award. The arbitration tribunal is obliged either to hear the parties on the corrections and interpretation of the award or to enable them to submit their written statements within a time period determined by it.

The arbitration tribunal may, upon request from the parties render additional award for claims which have not been considered thereby. The party which has requested the additional award has to notify the other party for its claim within 30 days from receiving the award. If the petition is justified, the Arbitration Court renders an additional award within 60 days.

The award rendered by an arbitration with a seat in Bulgaria may be directly enforced in Bulgaria. According to art. 51, para. 1 of ICAA Sofia City Court issues a writ of execution only on the basis of the award and a proof that the award is delivered to the debtor.

The arbitration proceedings usually end with an award on the merits of the dispute. However, there are circumstances in which the case has to be terminated without an award to be rendered. According to art. 42 of ICAA the arbitration tribunal terminates the case with a ruling when:

– the claimant withdraws its claim unless the respondent objects thereto and the tribunal recognizes that the respondent has a legitimate interest in the rendering of an award;

– the parties agree the proceedings to be terminated;

– the tribunal finds that there is another obstacle to the consideration of the case in its cause, *e.g.*, the dispute may not be settled by arbitration or does not fall within the scope of the arbitration agreement.

The proceedings will also be terminated:

– if the claimant fails to submit the statement of claim within the terms agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal (art. 33 of ICAA), or

– when the parties agree to a settlement, unless they have requested the arbitral tribunal to render an arbitration award on the consent of the parties (art. 40 of ICCA).

3.7. Challenge and revision of the award

3.7.1. Challenge of the award

ICAA specifies the competent court for considering the claim, namely the Supreme Court of Cassation. It acts as a court of first instance applying CPC rules for hearing of the case by a first-instance court, but its decision is final and is subject to no appeal.

A. Grounds for challenging awards

The award may be challenged only on limited grounds, which are equal to those, prescribed by the Model Law and the European Convention, and only within a limited period of time –three months from the day the claimaint has received the award–.

The grounds for challenging the award are as follows:

– the party lacked capacity at the time of conclusion of the arbitration agreement;

– the arbitration agreement had not been concluded or is void pursuant to the law chosen by the parties and, in the case of absence of such a choice, pursuant to this law;

– the subject matter of the dispute is not subject to arbitration or the arbitration award contradicts the public policy of the Republic of Bulgaria;

– a party had not been duly notified of the appointment of an arbitrator or of the arbitration proceedings or for reasons beyond its control it could not participate in the proceedings;

– the award settled a dispute which had not been provided for in the arbitration agreement or contains decisions on issues beyond the scope of the dispute;

– the constitution of the Arbitration Court or of the arbitration procedure was not in conformity with the agreement between the parties, unless it contradicted the imperative provisions of this law, and in the absence of an agreement, in case the provisions of this law had not been applied.

B. Proceedings

As long as the setting aside proceeding lasts, the Supreme Court of Cassation may suspend the enforcement of an arbitration award as an interim measure, provided the requesting party provides a security in the amount of the interest for setting aside the arbitration award.

If the Supreme Court of Cassation decides that the claim for setting aside the award is grounded, it repeals the award. The Bulgarian law does not apply the concept of nullity *vis-à-vis* arbitration awards. In contrast to the Model Law, ICAA does not provide for opportunity for suspension of the setting aside proceedings in order

that a chance to be given for additional actions that may eliminate the grounds for setting aside. Although not explicitly provided in ICAA, the case law is such that when the award is challenged on a ground that affects only a part of it and this part is separable and relatively independent from the rest of the award, only this part of the award may be set aside.

According to art. 49 of ICAA, when the award has been set aside on any of the following grounds: incapacity of a party at the time of execution of the arbitration agreement, lack or invalidity of that agreement; the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration; the award contradicts the public policy of the Republic of Bulgaria, any party may submit the dispute to the competent court of law, which will consider it in conformity with CPC. When the award is set aside on any of the other grounds, the Supreme Court of Cassation will refer the case back to the arbitral tribunal for re-trial. Any of the parties may request the case to be tried by other arbitrators. When the award settles a dispute which was not provided for in the arbitration agreement or contains decisions on issues beyond the scope of the dispute the case is referred back to the arbitral tribunal and the tribunal decides on its jurisdiction to deal further with the dispute.

3.7.2. Revision of the award

ICCA does not provide for any type of revision of the award, including on the grounds of discovery of some unknown facts affecting decisively the award. So setting aside is an exclusive recourse against the arbitral award.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Foreign arbitral awards are subject to recognition and enforcement.

According to the provision of art. 51, para. 3 of ICAA the actions for recognition and admission to enforcement of foreign arbitral awards and of the settlements reached before foreign arbitration courts have to be brought before the Sofia City Court and Articles 118 to 122 of the Private International Law Code (PILC) shall apply, *mutatis mutandis*, to the hearing of such actions. The mentioned provisions of the PILC are applicable to foreign arbitral awards only as far as they are compatible with the New York Convention. The enforcement and admission may be refused only on the grounds of art. 5 of the New York Convention.The court cannot retry the case on the merits.

The decision of Sofia City Court is subject to an appeal in front of Sofia Court of Appeal, the decision of which may be appealed in front of the Supreme Court of Cassation.

The court fee on the requests for recognition and enforcement is 50 BGN and is paid in advance by the applicant. In case of appeal a court fee equal to 50 % of the fee paid for the first instance is to be paid in advance by the appellant. This fee is paid to the Supreme Court of Cassation only provided the cassation appeal is admitted to be heard on the merits. The successful party may be reimbursed for its expenses, not only court fees but also lawyers' fees made being included.

As per art. 7, para. 1 of the New York Convention, bilateral treaty rules, if any, are applicable to the recognition and enforcement of awards made in the country which is a party to the respective treaty.

After their recognition and admission the foreign awards become enforceable in Bulgaria. The court of the enforcement (Sofia City Court) upon request of the creditor may issue a writ of execution, which will be handed to the creditor only after the decision on enforcement has entered into force (art. 405 CPC). The rules applicable to the issuing of a writ of execution based on an arbitral award are applicable in the case.

V. Conclusion

Bulgarian law provides for a contemporary, based on both the UNCITRAL Model Arbitration Law 1985 and the European Convention for International Commercial Arbitration, system of international arbitration where the seat of arbitration is in Bulgaria (but the ordering of effective provisional measures remains domain of the courts of law). At the same time, it ensures recognition and enforcement of foreign arbitral awards pursuant to the New York Convention and the mutual legal assistance treaties to which Bulgaria is a party.

Dinamarca (Denmark)

Henriette Gernaa
Morten M. Pedersen
Claus R. Weigelt

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of internatio-nal arbitration in Denmark.— II. Sources of the Law of International Arbitra-tion.— 2.1. Domestric sources.—2.2. International sources of law.— 2.3. Role of EU law.— III. The election of Denmark as seat of arbitration.— 3.1. The arbitration agreement.— 3.1.1. Validity of arbitration agreement.— 3.1.1.1. Formal validity.— 3.1.1.2. Substantive validity and arbitrability.— 3.1.2. The jurisdiction of the arbitral tribunal.— 3.1.3. Separability of the arbitration agre-ement.— 3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on tis jurisdiction under the arbutration agreement (principle of Kompetenz-Kompetenz).— 3.1.5. Extension of the arbitraton agreement to third parties.—3.2. The arbitral tribunal.— 3.2.1. Composition of the arbitral tribunal.— 3.2.2. Independence and impartiality of arbitrators. —3.2.3. Challenge of an arbitrator.— 3.3. The arbitral procedure.— 3.3.1. Law governing the arbitral procedure.— 3.3.2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3.3.3. Taking of eviden-ce.— 3.3.3.1. Document production.— 3.3.3.2. Expert evidence.— 3.3.3.3. Witnesses.— 3.3.3.4. Court assistance in obtaining evidence.— 3.4. Interim measures. — 3.4.1. Jurisdiction to pronounce interim measures.— 3.4.2. Con-ditions for ordering interim measures.— 3.4.3. Available interim measures.— 3.4.4. Challenge and appeal against interim measures of protection.— 3.4.5. Enforcement of interim measures of protection in connection with arbitraton abroad.— 3.4.5.1. Enforcement of interim measures orderes by foreign arbitral tribunals.— 3.4.5.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts.—3.5. Law governing the merits of the case. — 3.5.1. Choice of law by the parties.— 3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties. — 3.5.3. Limit to the freeedom of the parties and arbitrators (lois de police). — 3.6. The award.— 3.7. Cha-llenge and revision of the award.—3.7.1. Challenge of the award.— 3.7.1.1. Grounds for challenging awards.— 3.7.1.2. Proceedings.—3.7.2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Denmark

Denmark has a long history of arbitration dating back to the Danish Law of King Christian V from 1683.[1] The first permanent Danish arbitration institution was established in 1894. However, the first Danish act on arbitration did not come into force until 1972.[2] The 1972 act laconically established the fundamental framework for arbitration in Denmark, providing that arbitral awards were binding and enforceable under Danish law and giving arbitral tribunals exclusive jurisdiction over disputes submitted to arbitration.[3]

Over time, the developments in international arbitration eventually rendered the 1972 Act wanting in certain aspects, and a major revision was necessary.

The Danish Arbitration Act of 2005[4] (the «*2005 Arbitration Act*»), based on the UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the «Model Law») was introduced with the intention to ensure that the legislative framework would meet international standards and make Denmark a suitable and attractive jurisdiction in which to arbitrate disputes.[5] The second intention behind the *2005 Arbitration Act* was to codify developments in case law so that the *2005 Arbitration Act* should include domestic as well as non-commercial arbitration and provisions on arbitrability and costs, which are not included in the Model Law.[6] Further, the *2005 Arbitration Act* is a comprehensive arbitration act, applying to both domestic and international arbitration taking place in Denmark and to foreign arbitral awards sought recognised and enforced in Denmark. The *2005 Arbitration Act* was drafted in part on the basis of inspiration from the UK 1996 Arbitration Act, and in the same style of incorporating the Model Law through rewriting and adaption to Danish law and practice. There are numerous minor differences between the Model Law and the *2005 Arbitration Act*, but he majority of the provisions are essentially identical.[7]

Today, commercial arbitration is a widely accepted form of dispute resolution in Denmark. In some trade sectors, most notably in the area of building and construction, it seems that arbitration is the preferred dispute resolution mechanism. Numbers from the Building and Construction Arbitration Board in Copenhagen

---

1 See Section 1-6-1 of Danish Law of King Christian V.

2 Act n.° 181 of 24 May 1972 with amendments.

3 Commission report n.º 414 of 1966, regarding the 1972 Arbitration Act, p. 6.

4 Act n.° 553 of 24 June 2005 with amendments.

5 Explanatory notes, chapter 4, of the Legislative proposal n.° 127 to the *2005 Arbitration Act* made on 16 March 2005 (the «*2005 Arbitration Act-bill*»).

6 HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 30; JUUL, J. & P. F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 16.

7 HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 29.

(the «VBA») show that more than 2,000 disputes were submitted to arbitration administered by the VBA in the period December 2006 - December 2010.

The second major arbitration institution in Denmark is the Danish Institute of Arbitration (the «DIA»). Focusing on commercial and maritime arbitration, the DIA was established in 1981 with overwhelming support from commercial interest groups, the Danish Chamber of Commerce and the Danish Shipowners' Association. In the period 2006-2010, the number of disputes annually submitted to arbitration under the DIA almost doubled to 165 disputes annually.[8] International arbitration cases made up approximately 17 % of the cases. The average time of procedure for an international arbitration case was 1 year and 6 months.

II. Sources of the Law of International Arbitration

2.1. Domestic sources

The *2005 Arbitration Act* is the primary source of legislation in regard to both domestic and international arbitration and applies equally to commercial and non-commercial arbitration.

The *2005 Arbitration Act* introduces both a set of mandatory and a set of default rules in order to balance the parties' interests and autonomy along with principles of public policy and due process. Section 2 of the *2005 Arbitration Act* specifies that certain provisions apply as a *default*, unless otherwise agreed upon amongst the parties; these are matters of the arbitral tribunal's composition, jurisdiction under the arbitration agreement, procedures, making of the award, termination of proceedings, and costs and security.[9] Section 2 (2) provides that a number of provisions are *mandatory,* and thus, apply irrespective of the parties' agreement. These provisions concern *inter alia* the parties' rights to assistance and representation, recourse to the domestic courts, matters of due process, challenge and revision of the award, and recognition and enforcement.[10]

The civil procedure rules in the Danish Administration of Justice Act[11] (the «*Administration of Justice Act*») do not apply to arbitral proceedings. International

---

8 The largest groups of cases submitted at the DIA are: M&A (approx. 24 % in 2010), Shareholders Agreements (approx. 24 % in 2010), IT and Telecommunication (approx. 21 %) and Cooperation Agreements (approx. 17 % in 2010).

9 Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005,* DJØF Publishing, 2005, pp. 60 et seq.; Karnov explanatory note 8 to Section 2 (1) of the *2005 Arbitration Act*.

10 Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005,* DJØF Publishing, 2005, p. 62; Karnov explanatory note 9 to Section 2 (2) of the *2005 Arbitration Act*.

11 Act n.º 90 of 11 April 1916 with amendments.

procedural rules and practice is recognised and accepted by the Danish courts as applicable to international arbitration in Denmark.

Notwithstanding, with regard to the basic principles of due process, the Danish courts will likely turn to the provisions in the *Administration of Justice Act* and the legal standards of minimum protection developed in case law to determine if an arbitration was conducted in a manner consistent with due process, the rights of the parties or the impartiality of the arbitral tribunal. See section 3.7.1 below for further details.

2.2. International sources of law

Denmark has ratified a number of international conventions on arbitration. Most importantly, Denmark has ratified the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.[12]

Since 1968, Denmark has also been a signatory state to the World Bank's Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the «*ICSID Convention*»).[13]

As the *2005 Arbitration Act* to a large extent is based on the Model Law, Danish Courts have a certain regard to case law from other Model Law jurisdictions as guidance for the courts' interpretation of the law.[14]

Finally, the European Court of Human Rights («*ECHR*») requires domestic courts to exercise a certain control and guarantee as to the fairness and correctness of the arbitration[15] and practitioners should be aware of the independent influence of *ECHR*.

2.3. Role of EU law

Denmark is a member state to the European Union, and thus, European legislation will in many instances be the source of substantive law in Denmark.

---

[12] The global recognition of the New York Convention has entailed that a number of the conventions Denmark has ratified have become superfluous and are no longer being used in practice, see JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 281.

[13] Denmark has entered into 43 Bilateral Investment Treaties which calls for dispute resolution under the *ICSID Convention*, see ICSID web for further information. Since 1 December 2009, the Lisbon Treaty has made investment policy within the sphere of policy areas developed by the European Union. The Bilateral Investment Treaties the member states had entered into prior to the Lisbon Treaty remains in force.

[14] JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, pp. 16-17.

[15] See ECHR cases n.° 18479/91 and n.° 18805/91, *Bramelid and Malmström vs. Sweden*, also discussed in JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 71.

In addition hereto, the Court of Justice of the European Union (the «*ECJ*») has found that certain principles in the Treaty of the Functioning of the European Union are considered public policy to the effect that a successful challenge can be brought against an award if the award violates these principles, *e.g.*, article 101 of Treaty on the Functioning of the European Union, which prohibits agreements which restrict competition.[16]

To minimize the risk of awards, which do not conform to EU law, and to facilitate arbitrations where EU law applies, Section 27 (2) of the *2005 Arbitration Act* allows for a arbitral tribunal to request the domestic courts to submit a preliminary question to the *ECJ* on its behalf.

III. The election of Denmark as seat of arbitration

3.1. The arbitration agreement

The scope and validity of arbitration agreements are regulated in Chapter 2 of the *2005 Arbitration Act* and the rules on formation of contracts in the Danish Contracts Act (the «*Contracts Act*»). The provisions in Chapter 2 of the *2005 Arbitration Act* are *mandatory* and will be applied by a Danish court seized of a matter in relation, regardless to any arbitration agreement whether the place of arbitration is in Denmark or in a foreign jurisdiction or whether the place of arbitration is undetermined, in accordance with Sections 1(1) and 1(2) of the *2005 Arbitration Act*.

An arbitration agreement can be made with regard to existing disputes or with regard to possible future disputes that may arise out of a defined legal relationship, *e.g.*, a commercial or private agreement, in accordance with Section 7 of the *2005 Arbitration Act*.

3.1.1. Validity of the arbitration agreement

3.1.1.1. Formal validity

As a main rule arbitration agreements are viewed as any other agreement under Danish law. There are no formal requirements as to the validity of contracts neither under the *2005 Arbitration Act* nor the *Contracts Act.*[17] Consequently, an arbitration agreement needs neither be in writing nor signed and can, depending on the circumstances, be made orally or tacitly —as long it is clear that the parties intended for the dispute in question

[16] See the *ECJ* decision in *C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd.*

[17] Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 889.

to be settled by arbitration—.[18] In this respect, Danish law differs from the Model Law which provides that an arbitration agreement to be valid must be made in writing.

However, in some rare instances certain formal requirements must be met, *e.g.*, in Section 311 (1) of the Merchant Shipping Act,[19] which provides that arbitration agreements in shipping contracts must be made in writing. Similarly, there are a number of requirements to arbitration agreements made with private consumers.

However, the rules on formation of contract apply in other aspects. For instance, only parties with legal capacity can make a valid and binding arbitration agreement.[20]

Arbitration will often be agreed by reference to standard terms of business or an agreed document, *i.e.*, standard terms negotiated by opposing interest groups within an industry sector.[21] Agreement by reference possesses certain difficulties with regard to formation of contract. In international trade, where each party refers to its own terms, this is well known, but it is an issue of formation and construction of contract, rather than an issue particular to arbitration law.

Counterbalancing the lack of formal requirements to arbitration agreements, the Danish Courts have, historically, been somewhat restrictive on the construction of arbitration agreements. In recent years, however, the courts have softened the traditional guardedness to arbitration and today Denmark is a pro-arbitration country on par with its European neighbours.

3.1.1.2. Substantive validity and arbitrability

The starting principle under Danish law is that any dispute which the parties can settle by agreement is also capable of settlement by arbitration unless otherwise provided in statutory law, in accordance with Section 6 of the *2005 Arbitration Act*.[22] This includes most commercial and private legal relationships.

---

18 JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 78; see the High Court's decision published in the Danish Journal Tidsskrift for Bolig-og Byggeret («T:BB»): T:BB.2004,111.V, the award T:BB.2002.78.VBA; the award published in the Danish Journal Kendelser om fast ejendom («KFE»): KFE.1994.145.VBA and the award KFE.2003.032.A.

19 Act n.° 170 of 16 March 1994 with amendments.

20 See *e.g.,* GOMARD, B. & M. KISTRUP. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 894.

21 The use of Agreed Documents is particularly dominant in the Danish building and construction sector, where standard contracts have been sanctioned by the state and inclusion of the standard terms is considered customary, which causes that the threshold for inclusion of such terms in the parties' agreement is very low.

22 Explanatory notes, p. 39 of the *2005 Arbitration Act-bill*.

In some cases, however, arbitration is excluded because the parties cannot settle their dispute by contract or dispose of their legal relationship, *i.e.* the parties cannot take legally binding actions as this right belongs to a third party,[23] the state or a state institution. Thus, the sphere of arbitrability coincides with the limits of freedom of contract.[24]

It follows that some disputes cannot be settled by arbitration under Danish law, most notably certain matters relating to (*i*) family law, *e.g.*, affiliation proceedings, parental visitation rights, and annulment of marriage,[25] and (*ii*) illegal matters, which under Danish law does not enjoy protection by the courts, *e.g.*, disputes regarding the division of profits from stolen goods.[26]

More importantly, certain matters of public interest are also excluded from resolution by arbitration.[27] For instance, disputes regarding the validity of patents, trademarks and other rights subject to public registration cannot be resolved by arbitration in Denmark.

An estate in bankruptcy is not bound by arbitration agreements made by the debtor in regard to issues exclusively regulated by the Danish Insolvency Act, *e.g.*, avoidance, rights of secured creditors, etc. Notwithstanding, estates in bankruptcy generally succeed in the debtors' legal positions and are, consequently, bound by arbitration agreements made with regard to matters that are not exclusively regulated by the Insolvency Act.[28]

Public institutions under state or municipal government can enter into private contracts and are free to designate arbitration as the form of dispute resolution in such contracts.

In certain instances the parties have complete freedom to act in their legal relationship, but are barred from agreeing on dispute resolution by arbitration due to *mandatory* provisions in statutory law.[29] Notably, arbitration agreements for future disputes in consumer; contracts[30] are not binding on the consumer; see

---

23 See *e.g.*, Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 903.

24 Ørgaard, A. *Voldgiftsaftalen*. Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 2006, p. 75.

25 Karnov explanatory note 21 to Section 6 of the *2005 Arbitration Act.*

26 Danish Law of King Christian V Section 5-1-2; Ørgaard, A. *Voldgiftsaftalen*, Jurist-og Økonomforbundetes Forlag, 2006, p. 72; Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen.* Forlaget Thomson, 2007, p. 887.

27 Ørgaard, A. *Voldgiftsaftalen*. Jurist-og Økonomforbundetes Forlag, 2006, pp. 75-76; Juul, J. & P.F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 52.

28 See *e.g.*, also Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 894.

29 Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 886, and the Supreme Court's decision UfR.1999.829 H.

30 Consumer contracts are made between professionals and private persons. A professional defined as a person acting inside his area of trade, and a private person defined as one acting outside his

Section 7 (2) of the *2005 Arbitration Act*.[31] Additional examples are Section 429 of the Danish Merchant Shipping Act, which provides that arbitration can only be agreed by submission agreement after the dispute has arisen with regard to disputes on conveyance of goods or passengers, and Section 121 (2) of Danish the Aviation Act, which provides that arbitration agreements in regard to conveyance of goods are invalid if the place of arbitration is not designated pursuant to the provisions in Chapter 9 of the Act.

3.1.2. The jurisdiction of the arbitral tribunal

The jurisdiction of the arbitral tribunal to rule on the merits of a given dispute is derived from the parties' agreement to arbitrate. Thus, the arbitral tribunal's jurisdiction is limited to the scope of the arbitration agreement.

An assessment of the arbitral tribunal's competence is two tiered. The arbitral tribunal will have to assess first whether the contract includes an agreement to arbitrate disputes. If answered in the affirmative, the arbitral tribunal will have to assess whether the scope of the arbitration agreement includes the type of dispute in question, *e.g.*, disputes regarding the validity of the contract.[32]

Broad arbitration agreements comprising «any dispute arising under or out of the agreement» is generally assumed to include all disputes the parties reasonably could have envisaged at the time the agreement was made.[33] However, whether a specific dispute is included under the scope of the arbitration agreement depends on the particular circumstances and with due regard to the wording of the agreement to arbitrate.

Historically, Danish Courts have constructed arbitration agreements narrowly and accepted jurisdiction over disputes which was not deemed to fall within the arbitration agreement.[34] Such narrow interpretation seems to have been abandoned in more recent practice and today Denmark would be considered a pro-arbitration country on par with its European neighbours.

If arbitration is already commenced, a court seized of a matter included in such arbitration can only accept jurisdiction, must allow the arbitrator or the arbitral tri-

---

area of trade entering the contract on a mainly non-commercial manner, see ANDERSEN, M.B. & J. LOOKOFSKY. *Lærebog i obligationsret I*. Thomson Reuters, 2010, p. 77.

31 ØRGAARD, A. *Voldgiftsaftalen*. Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 2006, pp. 96 *et seq.*

32 NIELSEN, P.A. *International handelsret. Forlaget Thomson 2006, p. 643*; the award KFE.2000.156. VBA, the award KFE. 2001.203.VBA and the award KFE.2002.28.VBA.

33 The Supreme Court's decision UfR.1997.751.H and the Supreme Court's decision UfR.1999.1036.H. and the Supreme Court's decision UfR.1974.49.H.

34 ØRGAARD, A. *Voldgiftsaftalen*, Jurist- og Økonomforbundetes Forlag, 2006, p. 223. See also GOMARD, B. & M. KISTRUP. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 891.

bunal to decide first on the issue concerning the scope of the agreement in accordance with the principle of *Kompetenz-Kompetenz*, in accordance with section 8 of the *2005 Arbitration Act*.

3.1.3. Separability of the arbitration agreement

Section 16 (1) of the *2005 Arbitration Act* corresponds directly to article 16 (1) of the Model Law and has the effect of making the arbitration clause an autonomous and separate agreement which is to be treated independently from the other provisions of the main contract in accordance with the doctrine of separability. The doctrine that the arbitration clause exists independently of the main contract entails that the invalidity of the main contract does not *ipso jure* contaminate the arbitration clause. Thus, in some circumstances, the arbitration clause will still be valid even though the main contract is found null and void.

It is necessary to make an individual assessment of the particular circumstances to determine whether the invalidity of the main contract includes the arbitration agreement.

If it is manifestly clear that no agreement at all has been made between the parties, the doctrine of separability will not save the arbitration agreement.[35] In case of fraudulent misrepresentation,[36] clerical errors, etc. it is less certain whether the arbitration clause will survive as it depends on the particular circumstances whether or not the parties must be deemed to have formed an agreement at least to resolve disputes by arbitration. There is no recent case law on this matter, and it is uncertain whether the courts will apply a pro arbitration construction of Section 16 (2) of the *2005 Arbitration Act*.

3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of Kompetenz-Kompetenz*)*

The principle of *Kompetenz-Kompetenz* has been codified in Section 16 (1) of the *2005 Arbitration Act*. The provision allows the arbitral tribunal to decide on the arbitral tribunal's jurisdiction to hear the case on its merits, and to decide on objections in respect to the validity and existence of the arbitration agreement.[37]

Section 16 of the *2005 Arbitration Act* corresponds directly to art. 16 of the Model Law. However, Section 16 (3) of the *2005 Arbitration Act* provides specifically

---

[35] The award KFE.2002.11.VBA and the award KFE.1985.9.VBA.

[36] Fraudulent misrepresentation may be defined as one party making a false statement intended to induce the other to enter into a contract.

[37] See under Section III, G,1, below for further information on the possible objections to the existence and validity of the arbitration agreement.

that any preliminary ruling on the arbitral tribunal's competence may be subjected to judicial review by the courts upon the request of one of the parties. The arbitral tribunal is free to continue proceedings while the court case is pending. The right to have a judicial review of the arbitral tribunal's ruling on its own jurisdiction cannot be excluded by the parties' agreement.

3.1.5. Extension of the arbitration agreement to third parties

Multiparty-arbitration in disputes relating to the same subject matter is unproblematic to the extent all involved parties have agreed to submit the dispute to arbitration. However, there are no means to compel unwilling third parties to arbitrate when they are not parties to the arbitration agreement.[38]

Extension of arbitration agreements to third parties under doctrines such as lifting or piercing of the corporate veil is not recognised in Danish law or practice. However, a third party may be bound by the contract and an agreement to arbitrate, if the third party has given a contracting party reasonable grounds to assume that the third party was bound by the contract. This, however, is a matter of formation of contract under Danish law on contracts, rather than a case of extension to an unrelated third party.

A third party may also be bound by an existing arbitration agreement through subrogation,[39] but only to the extent that the dispute arises out of the contract in which the third party has subrogated and the arbitration agreement is contained.

3.2. The arbitral tribunal

3.2.1. Composition of the arbitral tribunal

Section 10 of the *2005 Arbitration Act*[40] provides that the parties are free to specify the number of arbitrators in the arbitration agreement. If the arbitration agreement is silent as to the number of arbitrators, the default rule is that the arbitral tribunal shall consist of three arbitrators.

The parties are free to specify any requirements as to how the arbitrators are to be appointed and in regard to the qualifications of the arbitrators, *e.g.*, requirements regarding the arbitrators' legal knowledge, commercial experience or expertise within a particular field of business, except in the rare cases where the choice of the

---

38 See the Maritime and Commercial Court's decision UfR.2005.2560.S.

39 See the Supreme Court's decision UfR.1983.44.H.

40 Section 10 of the *2005 Arbitration Act* is identical to Article 10 of the Model Law.

arbitrators would violate principles of due process.[41] If the arbitrators do not possess the qualification stated in the arbitration agreement a party may challenge the arbitrator.[42]

However, the parties' choice of arbitrators may be limited by the willingness or ability of the chosen person to act as arbitrator. Danish judges are for example barred from acting as party appointed arbitrators and may only act as chairmen, sole arbitrators or presiding arbitrators.[43]

Provided the arbitral tribunal comprises three arbitrators, Section 11 (2) of the *2005 Arbitration Act* prescribes that each party shall appoint one arbitrator within 30 days upon receipt of a request to do so from the other party. Similarly, the two arbitrators shall appoint a third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the arbitral tribunal within 30 days of their appointment. In this respect, Section 11 of the *2005 Arbitration Act* corresponds directly to art. 11 of the Model Law.

If a party is unwilling to participate in the establishment of an arbitral tribunal, *e.g.*, by refusing to appoint an arbitrator, Section 11 (3) of the *2005 Arbitration Act* allows for recourse to the Danish courts.[44] When appointing an arbitrator, the courts shall pay due regard to any qualifications required of an arbitrator under the arbitration agreement. Unlike the Model Law, Section 11 does not include any provision as to the nationality of the arbitrator,[45] and the courts are, thus, free to appoint an arbitrator of the same nationality as one or both of the parties.

The court's decision on appointment of an arbitrator is not subject to appeal, see Section 5 (4) of the *2005 Arbitration Act*. If a party uses dilatory tactics and continually obstructs the arbitral proceedings, the other party may under the circumstances terminate the arbitration agreement, or the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and render an award despite failure by one of the parties to participate in the process in accordance with Section 25 of the *2005 Arbitration Act*.[46]

---

41 Juul, J. & P. F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 174.

42 See *2005 Arbitration Act* Section 12 (2), see section III, B, 3.

43 For further information see Act n.° 402 of 26 June 1998 on the additional source of income of the Danish judges.

44 Pursuant to Section 5 of the *2005 Arbitration Act*, application under Section 11 (3) shall be submitted to the court where proceedings were to have been commenced if the parties had not agreed to arbitration.

45 Karnov explanatory note 33 to Section 11 (1) of the *2005 Arbitration Act*.

46 Nielsen, P.A. *International handelsret.* Forlaget Thomson, 2006, pp. 656 et seq., Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DRØK Publishing, 2005, pp. 128 *et seq*.; Juul, J. & P.F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 173; the High Court's decision UfR.1983.442/2V and the Supreme Court's decision UfR.1955.282.H.

The appointment as arbitrator is personal and cannot be transferred to another person. If the arbitrator becomes unable to fulfil his duties, a new arbitrator may be appointed in accordance with the rules according to which the arbitral tribunal was originally constituted, in accordance with Section 15 of the *2005 Arbitration Act*.

3.2.2. Independence and impartiality of arbitrators

Section 12 of the *2005 Arbitration Act* concerns the impartiality and independence of arbitrators. The provision corresponds directly to art. 12 of the Model Law and cannot be excluded by the parties' agreement; in accordance with Section 2 (2) of the *2005 Arbitration Act*.

Pursuant to Section 12 of the *2005 Arbitration Act*, an arbitrator shall upon appointment disclose any information or circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. This obligation to disclose such information remains throughout the duration of the arbitral proceedings.[47]

Section 12 of the *2005 Arbitration Act* does not make a distinction between party appointed arbitrators and other neutral arbitrators, *e.g.*, the presiding arbitrator appointed by the party appointed arbitrators or arbitrators appointed by a neutral body selected by both parties. Historically, some scholars have assumed that the requirements as to impartiality and independence did not apply equally to party appointed arbitrators and neutral arbitrators. However, the *2005 Arbitration Act* does not distinguish between party appointed arbitrators and neutral arbitrators in reference to impartiality and independence, and it is now commonly accepted among scholarly writers that the requirements of impartiality and independence apply equally to all arbitrators.[48] The Supreme Court has also distanced itself from the view that standards of impartiality and independence should not apply equally to all arbitrators, but handles the issue on a case-to-case-basis.[49]

When assessing the impartiality and independence of an arbitrator, the Danish Courts will look to Sections 60 and 61 of the *Administration of Justice Act*, which concern the impartiality and independence of the Danish judges. Sections 60 and 61 of the *Administration of Justice Act* upholds a standard of independence and impartiality at least on par with the right to trial by an independent and impartial arbitral tribunal found in art. 6(1) of the European Convention on Human Rights. Therefore, case law

---

47 Karnov explanatory note 37 to Section 12 (1) of the *2005 Arbitration Act*.

48 JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, pp. 17 *et seq.*; SPIERMANN O. & J. STOCKHOLM. «Partudpegede voldgiftsdommere i en brydningstid». *UfR* (literary section B), 2005, pp. 51-59; NIELSEN, P.A. *International Handelsret*, Forlaget Thomson, 2006, pp. 626 et seq.

49 See the Supreme Court's decision UfR.2005.611.H.

from the European Court of Human Rights regarding independence and impartiality of judges is relevant guidance on the interpretation of the requirements of independence and impartiality in Section 12 of the 2005 Arbitration Act.

3.2.3. Challenge of an arbitrator

The parties are free to agree on the procedures for challenging an arbitrator, see Section 13 (1) of the *2005 Arbitration Act*. In the absence of an agreement to the contrary, Section 13 (2) of the *2005 Arbitration Act* provides that a party must raise any objections to the arbitrator within 15 days from the moment he becomes aware of the circumstances on which the challenge is based. The arbitral tribunal will then decide on the challenge, unless the arbitrator withdraws from office or the other party agrees to the challenge.

If the challenge is rejected, the party may bring the case before a domestic court within 30 days of the arbitral tribunal's ruling. The arbitral proceedings may continue while the challenge is being processed by the court.

Section 13 (3) of the *2005 Arbitration Act* is *mandatory* to the effect that the parties cannot exclude recourse to the courts by their agreement. However, failure to pursue a challenge in accordance with the parties' agreement or Section 13 (2) of the *2005 Arbitration Act* constitutes a binding waiver, and such grounds for challenge of an arbitrator, may not later be invoked in support of a challenge of the award or of recognition or enforcement of the arbitral award, in accordance with Section 13 (4) of the *2005 Arbitration Act*.

3.3. The arbitral procedure

The civil procedure of Denmark is distinctly adversarial, and it is governed largely by the principle of party autonomy. Parties have the freedom and the responsibility to define the issues, claims and arguments of the case and produce the evidentiary basis for resolution of their dispute. This tradition is reflected in the practice at international arbitration in Denmark. But even more so, the procedure in arbitrations will be in accordance with international practise and standards such as the International Bar Association («IBA») Rules on The taking of Evidence and other expressions of guiding principles in international arbitration.

3.3.1. Law governing the arbitral procedure

The law governing the arbitral procedure in Denmark is the *2005 Arbitration Act*. The *2005 Arbitration Act* provides that the parties must ensure some minimum standards with regard to due process, but aside from these rules, the parties are free to

choose the rules of procedure fitting their individual needs and expectations. If the parties choose to bring their case before institutional arbitration, it is considered an acceptance of the procedural rules of the given institute.

The *2005 Arbitration Act* establishes a basic framework for the arbitral procedure in case the parties have failed to include specific provisions on the basic elements of arbitration. In regard to the arbitral tribunal's administration of the proceedings, the arbitral tribunal is free to conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, see Section 19 of the 2005 Arbitration Act.

3.3.2. Right to be heard and right to equal treatment

The right to equal treatment and the right to be heard, *i.e.* the opportunity to present ones case, is codified in Section 18 of the *2005 Arbitration Act*. The provision corresponds directly to art. 18 of the Model Law.

This provision refers to the fundamental principles of law with regard to due process, including the right for the party to inspect the documents of the case in which he or she is involved, and the right to respond to any claims, facts, and legal points submitted by the other party.[50]

The provision is *mandatory* and an award may be set aside if due process has not been observed in the arbitral proceedings.[51]

With that said, the arbitral tribunal is not excluded from barring new evidence due to the delay such production of evidence would cause to the proceedings or barring a party from presenting evidence which the arbitral tribunal considers redundant or irrelevant.[52]

3.3.3. Taking of evidence

The arbitral tribunal is bound by the provisions of the arbitration agreement with regard to any specifications therein on the taking of evidence. Absent any specific agreement hereon, the arbitral tribunal may determine how the taking of evidence should be conducted –in accordance with the guidelines it finds appropriate–. This includes the power to determine admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence produced by the parties, see Section 19 (2) of the *2005 Arbitration Act*.

---

[50] Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 116; GOMARD, B. & M. KISTRUP. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 898; Karnov explanatory note 66 to Section 18 of the *2005 Arbitration Act*.

[51] See under section 3.7.1 (b) below.

[52] Karnov explanatory note 66 to Section 18 of the *2005 Arbitration Act*.

The *2005 Arbitration Act* does not contain specific provisions on witness testimonies or documentary evidence. The pertinent rules in the *Administration of Justice Act* do not apply to arbitration,[53] thus, the provisions on perjury does not apply to witnesses in arbitral proceedings. Notwithstanding, it is assumed that the provision on procedural fraud in the Danish Penal Code[54] will apply to presentation of false evidence.[55]

3.3.3.1. Document production

Danish legal tradition is founded on a principle of parties presenting the documents on which they rely for their claim. Subject to a specific request, a party may be ordered to disclose specified documents, failing which he will suffer the effect of adverse inference.

Subject to the parties' agreement, the arbitral tribunal in an international arbitration may order more extensive discovery, for instance document production in accordance with Article 3 of the IBA rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Danish legal tradition, the *2005 Arbitration Act* and the *Administration of Justice Act* do not include principles of disclosure or discovery found in English or US legal tradition.

3.3.3.2. Expert evidence

The parties are free to agree to conduct an expert survey under the terms and conditions they find appropriate. In the absence of such agreement, it is within the discretion of the arbitral tribunal to allow expert evidence presented by the parties, see Section 19 of the *2005 Arbitration Act*.

Further, the arbitral tribunal may, pursuant to Section 26 (1) of the *2005 Arbitration Act*, *ex-officio* order an expert survey on the issues it finds appropriate. To this end, the arbitral tribunal may appoint one or more experts and require the parties to provide relevant information for the expert and to provide access to documents, goods or other property for the expert's inspection. When appointing an expert, the arbitral tribunal must consider the experts qualifications and independence of the parties.[56]

Subject to the parties request, or if the arbitral tribunal finds it necessary, the expert may be summoned to testify on the report before the arbitral tribunal, see Section 26 (2) of the *2005 Arbitration Act*. In addition, Section 26 (2) provides that the parties may call their own expert witnesses to give evidence on the findings in the expert report.

---

53 See *e.g.*, Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, pp. 898-899.

54 Act n.° 126 of 15 April 1930 with amendments.

55 Karnov explanatory note 91 to Section 27 of the *2005 Arbitration Act*. See also Gomard, B. & M. Kistrup, *Civilprocessen*, Forlaget Thomson, 2007, p. 899.

56 Nielsen, P.A. *International handelsret.* Forlaget Thomson, 2006, pp. 657-658; Karnov explanatory note 88 to Section 26 of the *2005 Arbitration Act*.

3.3.3.3. Witnesses

The arbitral tribunal may hear witnesses, but does not have power to compel unwilling parties or witnesses to give evidence or to produce documents for the purpose of the proceedings or an expert survey. Rather, the arbitral tribunal must rely on procedural sanctions such as adverse inference and allocation of costs in dealing with unwilling parties.

Counterbalancing the fact that the arbitral tribunal is unable to compel unwilling parties or witnesses to give evidence, Section 27 (1) of the *2005 Arbitration Act* provides that the arbitral tribunal or a party may request the courts' assistance in the taking of evidence in accordance with the provisions in the *Administration of Justice Act*. In practice, this is infrequently used; but when necessary, the courts readily lend any such assistance requested by arbitrators seated both in Denmark and abroad.

3.3.3.4. Court assistance in obtaining evidence

Subject to a request in accordance with Section 27 (1) of the *2005 Arbitration Act*, the courts may assist the arbitral tribunal in the taking of evidence in regard to (1) witness testimonies, (2) order production of documents from third parties, and (3) expert surveys in accordance with the provisions in the *Administration of Justice Act* hereon.[57]

Section 27 (1) of the *2005 Arbitration Act* is *mandatory* and applies irrespective of the place of arbitration.[58]

It is currently unsettled in case law whether a party may request the court's assistance in taking of evidence in a non-pending action, i.e. before arbitral proceedings have been commenced and any arbitrators have been appointed.[59]

The arbitral tribunal may also request a court's assistance in the taking of evidence in a foreign country in connection to a pending arbitration, in accordance with Section 342 (1) of the *Administration of Justice Act*.

The *2005 Arbitration Act* provides that the arbitral tribunal may request the Danish Courts to submit a preliminary question to the *ECJ* on its behalf, see Section 27 (2) of the *2005 Arbitration Act*. Section 27 (2) only applies when the place of arbitration is in Denmark.[60]

---

57 GOMARD, B. & M. KISTRUP. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 899.

58 See *2005 Arbitration Act*, Sections 1 (2) and 2 (2).

59 There are two conflicting decisions on the matter. A High Court decision of 2008 (UfR.2008.1526) which allowed the request and an unpublished decision of 2011 (High Court Eastern division case n.° B2926000-LRA), which has been appealed to the Supreme Court, barring such a request.

60 See *2005 Arbitration Act*, Section 1.

3.4. Interim measures

3.4.1. Jurisdiction to pronounce interim measures

The *2005 Arbitration Act* provides that the parties may request for certain interim measures to be ordered by the arbitral tribunal or by the courts. However, only the courts are empowered to order interim measures of protection which are enforceable under Danish law. For this reason, Section 9 of the *2005 Arbitration Act* provides that a party may request the courts to order an interim measure of protection or to instigate enforcement of an established right notwithstanding the parties' arbitration agreement.

Section 9 of the *2005 Arbitration Act* is mandatory and applies to domestic as well as international arbitration.

The arbitral tribunal has the power to issue orders of interim measures of protection upon a party's request, in accordance with Section 17 of the *2005 Arbitration Act*. Such orders are not enforceable and are not binding on the courts' assessment of a party's request for interim measures before the court. The compelling nature of an interim order made by the arbitral tribunal lies in the tribunal's discretion of adverse inference, awarding the other party additional costs, and possibly in the non-complying party's liability for damages.[61]

3.4.2. Conditions for ordering interim measures

It is within the arbitral tribunal's discretion to determine the requirements for ordering an interim measure of protection, subject to any provisions in the arbitration agreement to the contrary. Requests to the courts for an order of interim measures are subject to the specific requirements provided in the *Administration of Justice Act*. Generally, the applicant must demonstrate a purpose and urgency which requires interim relief.

3.4.3. Available interim measures

The interim measures of protection available are set out in chapters 56 and 57 of the *Administration of Justice Act* and include:

a) *Seizure* entailing that the bailiff's court seizes goods or assets when the possibility of execution in such assets would otherwise be significantly diminished.[62]

---

61 Karnov explanatory note 63 to Section 17 of the *2005 Arbitration Act*.

62 See Chapter 56 of the *AJA* for further information.

b) *Prohibitory injunction* compelling a party to refrain from taking certain actions or to take specified steps to protect the right of the applicant.[63]

c) *Preservation of evidence* with regard to infringement of intellectual property rights.[64]

A request for an interim measure of protection must be filed in writing to the bailiff's court.[65]

The bailiff's court will generally require prima facia evidence that (i) the applicant has a probable claim, and (ii) that the purpose of the request for an interim order will be frustrated if the applicant has to wait until the conclusion of ordinary proceedings.[66]

With regard to a request for *injunction* the applicant must also show that the defendant intends to commit the acts sought to be enjoined.[67]

An order for *preservation of evidence* will in addition be subject to the applicant showing that there is reason to expect that evidence for the infringement is to be found in the place or places sought to be examined.[68]

If a granted interim measure later proves to be unfounded, the applicant may become *liable* for damages. Therefore, the granting of seizure or an injunction may be made conditional on the provision of security for any liability for damages in consequence of the interim measure (with regard to preservation of evidence, security is mandatory).[69]

The granting of an interim measure must be followed by separate proceedings for the confirmation of the measure within certain time limits (see Sections 634, 648 and 653 c) the Administration of Justice Act).

3.4.4. Challenge and appeal against interim measures of protection

Interim measures of protection ordered by the arbitral tribunal are neither subject to challenge nor appeal. However, the party requesting the interim measure of pro-

---

63 See Chapter 57 of the *AJA* for further information.

64 See Chapter 57a of the *AJA* for further information.

65 See Sections 631, 646 and 653a of the *Administration of Justice Act*

66 See Sections 627 *et seq*. and 642 *et seq*. of the *Administration of Justice Act* and HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 82.

67 See Sections 642 *et seq*. of the *Administration of Justice Act* and HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 82.

68 See Section 653 of the *Administration of Justice Act.*

69 See Sections 629, 644 and 653a of the *Administration of Justice Act*.

tection may be held liable to pay damages for any losses suffered by the opposing party due to the interim measure if the requesting party's claim is not upheld in the award.[70]

Upon a party's request for a court ordered interim measure of protection, the bailiff's court will commence proceedings in accordance with the provisions in the *Administration of Justice Act*. Unless the applicant has furnished proof that an interim order of protection should be issued without prior notice to the defendant due to imminent risks that the purpose of the order could be defected if the other party was given notice, each party will have the opportunity to state their case before the bailiff's court. If the bailiff's court finds in favour of the applicant, the applicant must commence separate proceedings for the justification of the order within a short period.[71]

Court orders by the bailiff's courts can be appealed to the High Courts in accordance with the provisions in Chapter 53 of the *Administration of Justice Act*.

3.4.5. Enforcement of interim measures of protection in connection with arbitration abroad

3.4.5.1. Enforcement of interim measures ordered by foreign arbitral tribunals

Pursuant to Section 1 (2) of the *2005 Arbitration Act*, the provisions in the *2005 Arbitration Act* on the role of the national courts in the arbitral proceedings apply equally to arbitrations seated in foreign jurisdiction or when the place of arbitration has yet to be determined.[72] Consequently, parties in foreign arbitration proceedings may request the Danish Courts to make interim orders of protection to the same extent as parties to arbitration proceedings seated in Denmark.

3.4.5.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

Unless specifically provided in statutory law, the main rule under Danish law is that rulings of foreign courts are not enforceable in Denmark. An important example of such statutory law is the Brussels I Regulation which applies to rulings made by courts in member states of the European Union. The Brussels I Regulation provides that application of interim measures may be made to the courts of a Member State for any interim protective measure available under the law of that state, even if the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter,

---

70 Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005*, DJØF Publishing, 2005, p. 113.

71 The time period for commencing justification proceedings is one week in regard to freezing orders and two weeks in regard to injunctions, see *Administration of Justice Act*, Section 634 (1) and Section 648 (1).

72 Karnov explanatory note 3 to Section 1 of the *2005 Arbitration Act*.

within the European Union, in accordance with art. 31 of the Brussels I Regulation. However, *ECJ* case law is not decisive on the scope and application of art.31.[73] Thus, it is uncertain whether interim measures ordered in another Member State are enforceable under the Regulation.[74]

3.5. Law governing the merits of the case

3.5.1. Choice of law by the parties

The Danish rules regarding choice of law, as set out in Section 28 of the *2005 Arbitration Act*, correspond to the choice of law rules set out in art. 28 of the Model Law.[75] Favouring party autonomy, the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as the parties have chosen, in accordance with Section 28 (1) of the *2005 Arbitration Act*. Any designation by the parties of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.[76] Thus, *renvoi* presupposes an express choice by the parties.

By referring to the parties' choice of «rules of law» instead of «law», Section 28 (1) of the *2005 Arbitration Act* allows the parties to designate rules of law other than the laws of a country, *e.g.*, Principles of European Contract Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contract Law or Lex Mercatoria, as the body of substantive law governing the arbitration.[77]

Section 28 (3) of the *2005 Arbitration Act* recognises that the parties may also expressly authorise the arbitral tribunal to decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur*.

However, it follows from Section 28 (4) of the *2005 Arbitration Act* that in all cases where the dispute relates to a contract, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and take into consideration the usages of the trade applicable to the transaction.

---

73 JUR, A. and L. LUNDSTEDT, *Seminar 3, Summary Question 1 – Private International Law*, http://www.juridicum.su.se.

74 NIELSEN, P.A. *International privat- og procesret*, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 1997, pp. 264-266.

75 Explanatory notes, p. 49, of the *2005 Arbitration Act-bill*.

76 GOMARD, B. & M. KISTRUP. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 900.

77 HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005, DJØF Publishing. 2005,* p. 138*;* Karnov explanatory note 95 to Section 28 (1) of the *2005 Arbitration Act*.

3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

Failing any designation by the parties, Section 28(2) of the *2005 Arbitration Act* requires the arbitral tribunal to apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

In order to identify the law applicable to the substance of the dispute, the arbitral tribunal must, therefore, first identify the conflict of laws rules which it considers appropriate, taking into account the circumstances of the case, including the residence or business place of the parties, the substance of the dispute and the place of arbitration.[78] Subsequently, it must then apply these rules to decide which substantive law the arbitral tribunal shall apply to decide the dispute (*lex causae*).

The arbitral tribunal can, pursuant to Section 28 (2) of the *2005 Arbitration Act*, only identify the national substantive law of countries as applicable to the substance of the dispute.

This provision makes it possible for the arbitral tribunal, in an international arbitration, to apply the choice of law rules, and hence the substantive laws, which it finds the most consistent with the parties' expectations.

3.5.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (lois de police)

As a main rule, the parties are free to choose the rules applicable to the substance of the dispute. However, party autonomy is limited by mandatory rules of law. In determining the applicable rules of law, regard must be had to such mandatory provisions of both foreign and Danish law.

Under Danish law, certain international mandatory rules[79] (*i.e.*, *lois de police*, positive *ordre public*) may supersede the provisions in the law chosen by the parties or which follows from the arbitral tribunal's application of the choice of law rules[80]. Such inter-

---

78 Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005, DJØF Publishing. 2005,* p. 139; Karnov explanatory note 97 to Section 28 (2) of the *2005 Arbitration Act*.

79 Siesby, E. *Lærebog I International privatret almindelig del og formueret*, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 1989, p. 39; Lookofsky, J. *International privatret på formuerettens område*, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 1997, p. 77; Cheshire, P.M. and J.J. Fawcett. *Private International Law*. Butterworths, 1999, p. 132; Nielsen, P.A. *International privat- og procesret*, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 1997, p. 62; Philip, A. «Anmeldelse», *Juristen (JUR)*, 1965, pp. 392 et seq.; Schmidt, T.S. *International formueret*, Thomson, 2000, pp. 37 et seq.

80 Philip, A. «EF Konventionen om lovvalget I kontraktsforhold En replik». *UfR* (literary section B), 1984, pp. 115-117.

national mandatory rules are mostly found in cases of consumer contract, which are not inarbitrable *per se*, and in family law, criminal law and insolvency law, where it is doubtful the dispute would be arbitrable at all. An important example from the sphere of commercial contracts, however, is the mandatory effect of certain protections offered to commercial agents, which cannot be derogated from by agreement if the Danish Act on Commercial Agents, absent an express choice of law, would apply.

3.6. The award

An award can be rendered based on the arbitrators' deliberations or as an affirmation of a settlement made between the parties to the dispute, see Sections 32 (1) and 30 of the *2005 Arbitration Act*.[81]

If the arbitral tribunal consists of more than one arbitrator, the arbitral ruling is passed by a simple majority vote, unless the parties have agreed otherwise, in accordance with Section 29 of the *2005 Arbitration Act*.

Dissenting opinions in arbitral awards are rarely seen in Denmark. Pursuant to Section 29 of the *2005 Arbitration Act* the arbitral tribunal decides whether or not to include a dissenting opinion in the final award. However, an arbitrator can choose not to sign the award in which case the award must indicate the reason that the award has not been signed by all the arbitrators, see Section 31 (1) of the *2005 Arbitration Act*.

The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrators, see Section 31 (1) of the *2005 Arbitration Act*.[82] Further, the award shall indicate the date and place where the award was made, see Section 31 (3) of the *2005 Arbitration Act*. The place indicated in the award must be the place of arbitration. These provisions are mandatory and if the award does not meet these basic requirements such omission constitutes a ground for challenge of the award.[83]

In addition to the mandatory requirements, the award must also identify the parties to the dispute, the claims and a brief statement on the jurisdictional basis

---

[81] The tribunal can choose not to affirm the settlement by an award. It is undetermined when a tribunal can refuse to affirm a settlement, but it is assumed that considerations of ordre public, *e.g.*, suspicions of money laundering, will qualify, see PIHLBLAD, S. and O. TALEVSKI. «Voldgiftskendelsen». *UfR* (literary section B), 2009, pp. 269 et seq.

[82] It is assumed in the Karnov explanatory note 105 to the *2005 Arbitration Act* that «made in writing» includes digital awards, provided that there is sufficiently secured that the award origins from the tribunal.

[83] See under section 3.7.1 below; JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 235.

of the arbitral tribunal and the arbitral tribunal's possible decision on costs. Unless otherwise agreed, the arbitrators must state the reasons upon which the award is based and they should present a narrative of the facts of the dispute, see Section 31 (2) of the *2005 Arbitration Act*.[84]

The arbitral tribunal may, upon agreement with the parties, make a short form award comprising the bare essentials, *i.e.* a brief description of the dispute, the facts, the parties' claims and main submissions, the arbitral tribunal's reasons and the result. Such summary award would typically save the parties time and expenses.[85]

There is no statutory deadline for the arbitral tribunal's rendering of the award. However, the parties may include such deadlines in their arbitration agreement. The consequences of the arbitral tribunal not rendering the award within agreed deadlines are uncertain. It is presumed that the arbitral tribunal's award is not invalid if it is rendered after the agreed deadline.[86] Failure to render on award within an agreed period of time may, however, constitute grounds for a reduction in the arbitrators' fees.

Subject to the parties' agreement, the award can be executed 14 days after the parties have received a signed copy of the award, see Section 31 (4) & 38 (1) of the *2005 Arbitration Act* and Section 480 of *Administration of Justice Act*.

3.7. Challenge and revision of the award

The general rule is that awards made in Denmark are final and binding and that the courts are barred from reviewing the case on its merits. Thus, an award cannot be appealed to the Danish Courts on grounds of allegations that the arbitral tribunal has construed or applied the law incorrectly, reassessment of the evidence or readjudication of the dispute. However, with reference to a limited set of grounds set out in Section 37 of the *2005 Arbitration Act*, a party may challenge the validity of the award. Foreign awards cannot be challenged under Danish Law, but recognition or enforcement of foreign awards may be refused if a party furnishes proof that the award is invalid pursuant to Section 39 of the *2005 Arbitration Act*, see below under section IV.

---

84 According to the managing director of the Danish Institute of Arbitration, Steffen Pihlblad, an award should in addition to the above mentioned features also contain summaries of the statements given before the tribunal and the parties' submissions, see Pihlblad, S. and O. Talevski. «Voldgiftskendelsen». *UfR,* 2009 (literary section B), 2009, pp. 269 *et seq.*

85 Pihlblad, S. and O. Talevski. «Voldgiftskendelsen». *UfR* (literary section B), 2009, pp. 269 *et seq.*

86 *Ibid.*

3.7.1. Challenge of the award

3.7.1.1. Grounds for challenging awards

The possible grounds for challenge of an award set out in Section 37 of the *2005 Arbitration Act* are identical to the grounds for challenge under art. 34 of the Model Law. Pursuant to Section 37 (2) of the *2005 Arbitration Act*, an award can be set aside if it is proven that:

a) a party to the arbitration agreement was, under the law of the country in which that party was domiciled at the time of conclusion of the contract, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under Danish law,

b) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his or her case,

c) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, or

d) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or with this Act.

In addition hereto, an award may be set aside if the court finds that:

a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration, or

b) the award is manifestly contrary to the public policy of this country.

The grounds stated in Section 37 (2) of the *2005 Arbitration Act* are exhaustive, thus no other reasons than these can be invoked in order to have the award set aside by the courts.[87] It was the intention of the legislators that the Danish rules on arbitration should be harmonized with the rules of the New York Convention to make awards made in Denmark recognizable and valid in all states party to the New Your Convention.[88]

---

87 NIELSEN, P.A. *International handelsret.* Forlaget Thomson, 2006, p. 684; JUUL, J. & P.F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 252.

88 Explanatory notes, p. 27, of the *2005 Arbitration Act-bill*.

Section 37 of the *2005 Arbitration Act* is *mandatory* to the effect that the parties cannot agree to waive the right to challenge an award on the basis of Section 37 of the *2005 Arbitration Act*, in accordance with Sections 2 and 37 of the *2005 Arbitration Act*. However, under certain circumstances the parties can expressly or tacitly waive the right to have the award set aside if an objection is not made in due time, in accordance with Section 3 of the *2005 Arbitration Act*.

There are no formal requirements as to how a party should raise objections in order to be able to challenge the award at a later stage. The issue can be relevant, *e.g.*, if the arbitral tribunal rejects a party's objection by an interim award or by informal decision. It is not required that a second objection is made after the arbitral tribunal has rendered such interim award or decision.[89] However, the objecting party should consider that subsequent inaction could constitute a waiver of the objection.[90]

3.7.1.2. Proceedings

Pursuant to Section 37 (4) of the *2005 Arbitration Act* a challenge to an award must be instigated in court no later than 3 months after the challenging party received the award. The challenge should be filed as a civil law suit against the opposing party and in accordance with provisions on civil procedure in the *Administration of Justice Act*.

The court can choose to set the award aside partially or wholly. If the court finds that the grounds for challenge only concerns part of the award, only that part can be set aside, see Section 37 (3) of the *2005 Arbitration Act*. If the court finds that the entire award should be set aside, the effect of the arbitration agreement resumes, unless otherwise agreed by the parties or inconsistent with the courts' ruling, see Section 37 (6) of the *2005 Arbitration Act*, *i.e.,* if the arbitration agreement does not resume it if is found invalid pursuant to Section 37 (2)(1)(a) or 37 (2)(2)(a-b) of the *2005 Arbitration Act*.

If the award is set aside and the arbitration agreement resumes effect, arbitration proceedings can be instigated anew by either party. If new proceedings are instigated, the arbitrators comprising the original tribunal are all disqualified to act as arbitrators in the new arbitration.

---

89 Juul, J. & P. F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, pp. 254-255.

90 Explanatory notes, p. 28, of the *2005 Arbitration Act-bill*.

The court can also choose to stay proceedings while the arbitral tribunal reopens the arbitral proceedings to revise and rectify an otherwise invalid award, see Section 37 (5) of the *2005 Arbitration Act* and section III, G, 2, below.

3.7.2. Revision of the award

Pursuant to Section 33 of the *2005 Arbitration Act* a party may within 30 days of receipt of the award request that the arbitral tribunal corrects minor errors in the award, *i.e.,* errors in computation, clerical or typographical errors or errors of similar nature. Similarly, a party can request the arbitral tribunal to make an additional award on claims presented in the proceedings, but omitted from the award within the same period of notice, see Section 33 (3) of the *2005 Arbitration Act*.

Subject to a challenge of the award, a court may also request the arbitral tribunal to make such revisions or additional award, see Section 37 (5) of the *2005 Arbitration Act*.[91]

In any case, it is the arbitral tribunal which ultimately decides whether to accommodate a request for revision or an additional award.

The arbitral tribunal may also correct such errors as provided in Section 33 (1) of the *2005 Arbitration Act* on its own initiative within 30 days of the rendering of the award, see Section 33 (2) of the *2005 Arbitration Act*. However, other errors than the ones stipulated under Section 33 (1) and (3) of the *2005 Arbitration Act*, may not be corrected by the arbitral tribunal, including errors in the application of law or assessment of evidence. Similarly, claims that have not been presented during the proceedings cannot be settled in an additional award under Section 33 (3) of the *2005 Arbitration Act.*[92]

Correction of minor errors as defined in Section 33 (1) of the *2005 Arbitration Act* shall be executed within 30 days and additional awards shall be rendered within 60 days of receipt of the request, see Section 33 (1) and (3) of the *2005 Arbitration Act*. The time period may be extended if necessary, see Section 33 (4) of the *2005 Arbitration Act*. Before accommodating requests under Section 33 of the *2005 Arbitration Act* both parties should be given the opportunity to comment on the request, in accordance with the principle of Section 18 of the *2005 Arbitration Act*.

---

91 JUUL, J. & P. F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*, Forlaget Thomson, 2008, p. 274.

92 HERTZ, K. *Danish Arbitration Act 2005,* DJØF Publishing, 2005, p. 149; JUUL, J. & P. F. THOMMESEN. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 239.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Recognition and enforcement of arbitral awards are governed by Chapter 9 in the *2005 Arbitration Act*, which also includes recognition and enforcement under the New York Convention in Denmark.

Pursuant to Section 38 (1) of the *2005 Arbitration Act* arbitral awards are binding and enforceable under Danish law irrespective of the country in which the award was made, provided that there is not grounds for refusing recognition and enforcement pursuant to Section 39 of the *2005 Arbitration Act*. The provision is similar in content to art. 35 of the Model Law.[93] It applies to all kinds of arbitration (commercial or not) and whether or not the award is granted in a country who has ratified the New York Convention.[94]

In addition to the arbitral tribunal's ruling on the merits, any decisions on allocation of costs of the arbitral procedure and possible legal costs may be enforced if included in the award.

To commence enforcement proceedings, a party must submit a request to the bailiff's court along with a duly certified copy of the award and of the arbitration agreement, if the agreement was made in writing, in accordance with Section 38 (2) of the *2005 Arbitration Act*. The bailiff's court may require that the documents are submitted in a certified Danish translation.

Pursuant to Section 39 (3) of the *2005 Arbitration Act*, the bailiff's court may stay enforcement proceedings pending a challenge of the award pursuant to Section 37.

Arbitral awards are subject to a 10 year statute of limitation, in accordance with Section 5 (3) of the Danish Limitation Act.

Recognition or enforcement of an arbitral award may be refused if a party can furnish proof that the award is invalid on the basis of at least one of the 5 exhaustive grounds of invalidity set forth in Section 39 of the *2005 Arbitration Act*. The provision is mandatory.

Section 39 of the *2005 Arbitration Act* is based on art. 5 of the New York Convention, and it shall be interpreted in light of the convention and with due regards to

---

93 Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005,* DFØF Publishing, 2005, p. 176; Juul, J. & P. F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 285.

94 Karnov explanatory note 151 to Section 38 of the *2005 Arbitration Act*.

the principle of effective recognition and enforcement of foreign arbitral awards, *i.e.,* with a pro enforcement presumption.[95]

The grounds specified in Section 39 (1) (1) (a) - (d) of the *2005 Arbitration Act* are identical to the grounds specified in Section 37 (2) (1) (a)-(d) of the *2005 Arbitration Act*, in accordance with above under section 3.7.1, for further details.

In addition to the grounds specified under Section 39 (1) (1) (a) - (d) of the *2005 Arbitration Act*, the court may also refuse enforcement if the award has not yet become binding on the parties or, if it has been suspended or set aside by a court in the country in which it was made, in accordance with Section 39 (1) (1) (e) of the *2005 Arbitration Act*. If a challenge has been brought against the award in a court at the place where the award was made, the court where recognition and enforcement is sought may adjourn its decision and order the other party to provide appropriate security, see Section 39 (3) of the *2005 Arbitration Act*.

Subject to the defendant's objections, the bailiff's court will refer the case to the civil courts, if the validity of the award cannot be determined based on the limited presentation of evidence possible before the bailiff's court, in accordance with Section 501 (4) of the *Administration of Justice Act.*[96] If the defendant fails to raise any objections during the enforcement proceedings, he will be barred from contesting the validity of the award at a later point.[97]

V. Conclusion

Danish law on arbitration is, as set out above, aimed at providing a legislative framework which is modern, in conformity with the New York Convention, and based primarily on the Model Law. It favours party autonomy, it favours arbitration in commercial matters, and it grants arbitrators a wide berth of discretion in organising and conducting arbitration proceedings.

---

95 Juul, J. & P. F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 246; Hertz, K. *Danish Arbitration Act 2005,* DJØF Publishing, 2005, p. 180.

96 See Gomard, B. & M. Kistrup. *Civilprocessen*. Forlaget Thomson, 2007, p. 904.

97 Juul, J. & P. F. Thommesen. *Voldgiftsret*. Forlaget Thomson, 2008, p. 248; the High Court's decision UfR.20 01.516.Ø.

Eslovaquia (Slovakia)

Katarína Čechová

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Slovakia.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU Law.— III. Election of the Slovak Republic as a seat of arbitration.— A. Arbitration agreement.— 1. Validity of arbitration agreement.— 1.1. Formal validity of arbitrationi agreement.— 1.2. Substantive validity of arbitration agreement.— 2. Separability of arbitration agreement.— B. Arbitral tribunal.— 1. Composition of the tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. Arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Type of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by a Solvak arbitral tribunal (aarbitraation court with a seat in Slovakia).— 5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to freedom of the parties and arbitrators *(lois de police).*— F. Arbitral award.— G. Challenge and revision of award.— 1. Revision of award.— 2. Challenge of award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Slovakia

International, as well as national commercial arbitration, as a prominent mean of alternative dispute resolution gained bigger importance in Slovakia since its transition to the market economy starting from 1989. Act n.° 98/1963 Coll. on international commercial arbitration was proven insufficient, as it was construed for the socialist economy and had no use in national disputes.

After peaceful split of Czechoslovakia in 1993, a new act on arbitration was adopted in 1996. However, after several years of experience, it was proven too rigid, and there were very few proceedings conducted pursuant to it.

Finally, Act n.° 244/2002 Coll. on arbitration (the «Act») was adopted and is still in force, with two amendments in 2005 and 2009.

The UNCITRAL Model Law on International Arbitration from 1985 was the main inspiration for the Act. Many provisions in the Slovak Act copy, with necessary adjustments, the provisions of the UNCITRAL Model Law. Further the Slovak legislator was inspired by the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards from 1958 (the New York Convention) and the European Convention on International Commercial Arbitration concluded in Geneva in 1961.

The main philosophy of the new Act was to make arbitration as liberal and as accessible as possible. The scope of arbitrable matters was widened to include not only commercial disputes, but also civil law disputes with enumerated exemptions. Procedural rules were left at the discretion of the parties and the rules determined by the Act are only supporting. Furthermore, the foundation of permanent arbitration tribunals was substantially simplified, this leading to a significant increase in the number of arbitration tribunals in Slovakia (104 registered tribunals as of 30 September 2011). A new mechanism for enforcement of arbitration agreements and awards was defined. Furthermore, a new procedure for challenging the arbitral award before regular court was introduced.

So far, the Act was amended twice. The first amendment in 2005 made the conditions for establishment of a permanent arbitration tribunal more transparent and introduced control mechanisms. The second amendment in 2009 introduced measures for consumer protection into the arbitration regulation in accordance with the EU legislation.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

– Act n.° 244/2002 Coll. on Arbitration Proceedings, as amended;

– Act n.° 99/1963 Coll., Civil Procedure Code, as amended;

– Act n.° 233/1995 Coll. on Court Bailiffs and Enforcement Actions (Enforcement Code);

– Act n.° 97/1963 on International Private and Procedural Law, as amended.

B. International sources

– Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958);

– European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 1961).

C. Role of EU law

The Slovak Republic is a Member State of the European Union since 1 May 2004. Since this date, the Slovak Republic adopted the whole legal order of the EU and the Union law is directly applicable in the Slovak Republic and takes precedence over national law.

EU law does not directly regulate arbitration. Regulation n.° 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Regulation Brussels I) explicitly states that it does not apply to arbitration.

However, the Court of Justice of the European Union («Court of Justice») touched the matter of arbitration in several judgments. Recently, in judgment n.° C-185/07 West Tankers, the court ruled that it was contrary to Regulation Brussels I for a national court to issue an anti-suit injunction preventing a party from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to the arbitration agreement, even if the arbitration is excluded from the scope of Regulation Brussels I. Regulation Brussels I is applicable, if the subject-matter of the dispute, *i.e.*, nature of rights to be protected in the proceedings, falls within the scope thereof. Therefore, a preliminary issue concerning the applicability of an arbitration agreement and its validity also falls within the scope of application of Regulation Brussels I.

Lately, arbitration came into the spotlight of the EU legislator from the viewpoint of protection of certain groups of subjects, mainly consumers, entering into disadvantageous arbitration agreements. The Slovak legislator transposed relevant EU directives into the Act by an amendment in 2009. The newly added provisions on consumer protection can be summarized as follows: (i) when making a decision, the arbitration tribunal must always take into account the provisions of consumer protection legislation, (ii) the arbitration tribunal may not grant the performance from consumer agreement, contrary to consumer

protection legislation, mainly containing an inadmissible contractual provision, or being a result of an unfair commercial practice, (iii) violation of consumer rights is the ground for challenging the arbitral award before the court.

III. Election of the Slovak Republic as a seat of arbitration

A. Arbitration agreement

The main provisions stipulating the rules for arbitration agreement are contained in Sec. 3 to 5 of the Act. Some minor clauses governing, *e.g.*, separability of the arbitration agreement are scattered throughout the Act and will be mentioned on the appropriate place. As has been already mentioned, the Act is based on the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration and generally follows the same criteria.

According to Sec. 3 of the Act, arbitration agreement is an agreement of the parties that some or any disputes that have already arisen, or will arise out of a specified contractual or another legal relation shall be settled before arbitral tribunal. The Act does not recognise the ability of the parties to exclude the possibility of litigation or the conclusion of a provision requiring the parties to undertake other means of alternative dispute resolution before filing a request for arbitration.

The alternative nature of arbitration means that the risk of simultaneous court and arbitral proceedings leading to possibly two decisions on the same matter is inevitably joined with arbitration. This risk is well covered if arbitral proceedings have been initiated prior to court proceedings. For such a case the Act explicitly states that once a request for arbitration has been filed, no other court or tribunal may proceed in the case. However, in the other case, the Act merely allows the parties to litigation to agree that their dispute will be settled in arbitration, and that such agreement has the effect of withdrawal of the action, and thus, termination of the proceedings. Such agreement may be considered to be another form of arbitration agreement. Additionally, unless the parties have agreed that the arbitral award may be examined by another arbitral tribunal or arbitrator, the arbitral award has the effects of final and valid court judgement, constituting an obstacle to the decided matter. This means that no further decisions on the matter may be issued, but the beginning of arbitral proceedings does not *ex lege* preclude the parties from starting litigation.

According to Sec. 3 (2) of the Act, the arbitration agreement needs to be in a written form. The agreement may be in the form of both a separate agreement and a clause contained in the contract. The obligatory written form of the agreement may be evaded by a joint statement of the parties before the arbitration tribunal. This form of joint statement is a slight deviation from the rules suggested in the UNCI-

TRAL Model Law. The idea is adopted from the Slovak Civil Procedure Code and Administrative Procedure Code, which both provide for the possibility to make an oral statement before the court or administrative body. The Act also allows for an arbitration clause in the form of one contained in the e-form.

1. Validity of arbitration agreement

1.1. Formal validity of arbitration agreement

As has been already mentioned in the preceding chapter, an arbitration agreement is formally valid, only if made in a written form. The most common agreement is one made in a written form either as a separate contract or as a clause contained in the contract. Along with technological progress, new methods of written communication appeared and the situation needed to be addressed.

The Act allows the written form to be maintained in the following forms:

– document signed by the parties to arbitration,

– agreed upon by telefax, and

– through other telecommunication means that allow capturing the content of an arbitration agreement and the identification of persons who concluded the agreement.

Similarly, the lack of written form can be amended by mutual declaration of parties before the arbitrator or arbitral tribunal. This is not a legal institute recognised by either the New York Convention or the UNCITRAL Model Law, but it is still not completely contrary to the condition of written form. The mutual declaration of the parties is recorded by the arbitrator and the record is then kept in the arbitration file.

1.2. Substantive validity of arbitration agreement

The question of substantive validity of an arbitration agreement is important when a party challenges the arbitral award before the court and claims that the arbitration agreement is invalid. While the formal aspect of validity deals mainly with the form of an arbitration agreement, the substantive aspect considers whether the provisions contained in the agreement satisfy the conditions set out by the Act.

Firstly, it needs to be noted that the Act does allow an arbitration agreement to be concluded under other than Slovak law. This means that the merits of the dispute might be judged according to one legal system, while the arbitration agreement would

be considered according to another legal system. This may be helpful in case of need to arbitrate issues which are not capable of being resolved by arbitration under the Act.

This brings us to the topic of issues which may be settled through arbitration. According to the Act only pecuniary disputes arising out of either commercial or civil law relationships, both national and international, may be settled by arbitration. This is a fairly standard cookie-cutter description of matters capable of being solved through the means of arbitration. In addition, disputes which can be settled amicably at a court may be subject of arbitration.

The section below describes the issues that may not be arbitrated, even if they fall under the kind of disputes mentioned above. These are the matters concerning rights to real estate. Matters of personal status are also excluded from being settled at the arbitral tribunal, due to a particular social interest in handling these matters by courts in civil proceedings. Disputes arising out of forced execution of decisions and concerning bankruptcy and settlement are from the beginning handled by the courts which oversee the processes, and any further division of competence would impair already complicated progress of these proceedings.

2. Separability of arbitration agreement

Separability of an arbitration agreement represents the ability of the arbitration agreement to retain its validity even if validity of the primary agreement is challenged or even declared void. This problem has been thoroughly discussed in the decision of *Sojuznefteexport vs. Joc Oil*. The separability of a primary agreement and an arbitration agreement is important when one party claims that the primary contract is void on one or more grounds. If a party could simply be alleging that the agreement does not exist or is void because of fraud committed by the other party, it would be easy to avoid arbitration, despite the fact that it was validly included as a dispute resolution forum in the primary agreement. The doctrine of separability of an arbitration agreement protects the arbitration clause integrity, ensures that the will of the parties to submit the dispute to the arbitral tribunal is not denied by overzealous courts' power. In this way it also protects the jurisdiction of the arbitration tribunal.

This doctrine is slightly related to the principle of *Kompetenz-Kompetenz* (*i.e.*, the jurisdiction of the arbitration tribunal to judge its jurisdiction on the merits of the case). In case the principle of separability was not applied, any challenge against the validity of a primary agreement would automatically challenge the validity of an arbitration agreement (much more, if it was concluded in the form of an arbitration clause), leading to inability of arbitrators to decide whether the contract is valid (which is still a dispute arising out of an agreement and, therefore, under competence

of the arbitrators). However, if the principle of separability is applicable, it is the arbitrator who will decide whether the primary contract is valid.

Separability is covered in Sec. 5 (2) of the Act. The provision goes as follows: «*If an arbitration clause is a part of otherwise invalid agreement, the clause is invalid only when the reason of invalidity of the agreement also applies to the clause*». Similarly Section 5 (3) stipulates that withdrawal from the primary agreement does not apply to the arbitration agreement unless otherwise agreed by the parties.

B. Arbitral tribunal

1. Composition of the tribunal

The Act does not preclude the parties from determining their own composition of the arbitral tribunal. The Act allows the parties to agree on the number of arbitrators freely, apart from the obligation to determine an uneven number of arbitrators in order to prevent deadlock situations when the arbitrators cannot agree and no majority can be formed. In case the arbitration agreement does not provide the amount of arbitrators, the default number of arbitrators is set to three. The Act also stipulates the conditions for a person to become an arbitrator.

The conditions for an arbitrator are specified in Sec. 6 of the Act as follows:

– Natural person
– 18 years of age
– Full legal capacity
– No criminal record of willful offence
– Experience for carrying out the function of an arbitrator

The Act does not further specify what kind of experience is necessary for performing the function of an arbitrator. According to the explanatory report, this represents the knowledge necessary to understand the decided topic at hand and this provision is mainly viewed as a possibility of the parties to stipulate that the arbitrator needs to be an expert in the field of the dispute. The Act also stipulates that an arbitrator may not be a person barred from performing the function of an arbitrator by a special law. This is mainly aimed at public officials and public servants, where it would most probably constitute a conflict of interests. At this moment, the Act does not require arbitrators to be members of a separate organization or to be registered in a prescribed organization.

As said above, the standard number of arbitrators is three, although the parties may agree to select any uneven amount of arbitrators. Additionally, the parties may eschew the ability to design their arbitral tribunal and decide to leave the composition of the arbitral tribunal to the arbitral court to which they submitted their case.

2. Constitution of the arbitral tribunal

It goes without saying that a good arbitrator is the beginning and the end of the arbitral process. Arbitration is conducted properly and efficiently mainly thanks to the skilful management of the whole procedure by arbitrators. One of the major advantages of arbitration is that the parties can submit their dispute to the arbitral tribunal they have formed according to their wishes. The parties can appoint persons whom they trust and who do not only possess the necessary legal skills, but also the technical expertise for the determination of the particular dispute.

Under the Act, the most primary rule in the constitution of arbitral tribunal is the arrangement of the parties in the arbitration agreement. The Act recognizes two options, the parties agree either on the name of arbitrator/s or on the procedure of his/their appointment. The general practise seems to be appointing a sole arbitrator and agreeing on his name in the arbitration clause. The other common alternative is a clause stipulating that a potential dispute arising out of an agreement shall be decided by three arbitrators appointed according to procedural rules of the established arbitral court.

If no agreement has been reached in the arbitration agreement, then the standard procedure ensures that both parties appoint a single arbitrator and these arbitrators decide on the person of the chairman of the arbitral tribunal. This is a common approach of the Model Law and has been adopted by the Slovak Act. Please note that the chairman of the tribunal is not an umpire and is obliged to make a decision even if the other two arbitrators can find an agreement. This approach is the most standard in international arbitration and for moderately complicated disputes. The advantage of three arbitrators is that the parties have «their own» appointed arbitrator and, therefore, are generally more willing to accept the arbitral award. The most obvious disadvantage of having more than one arbitrator is that the expenses of the arbitral tribunal are higher. A more subtle, but nevertheless important disadvantage is the timing of hearings, since it is necessary to align the schedules of three arbitrators instead of one.

Pursuant to the Act, the parties are obliged to appoint their arbitrators within 15 days after being asked to do so, while the party-appointed arbitrators («PAAs») are obliged to appoint the chairman arbitrator within 30 days of their appointment. If they fail to do so, the court, or a person appointed by the parties to arbitration shall appoint the arbitrator. Naturally, no one can be compelled to be an arbitrator and,

therefore, arbitrators are obliged to make a written letter of acceptance after being appointed as arbitrators. The Act also does not prescribe any method of selecting an arbitrator and, therefore, parties interested in *ad-hoc* arbitration are advised to cover this area well in order to avoid the unpleasant experience of having their arbitrator interviewed by the other party.

3. Independence and impartiality of arbitrators

Above all, the arbitrator must always be and stay independent and impartial. To this end, he cannot handle *ex parte* communications with the parties and ought to disclose all relevant facts which might affect his independence or impartiality. This includes details of pecuniary or proprietary interest or a warm relation to a party or to the legal counsel of one of the parties. This obligation lasts throughout the whole arbitration.

The arbitrator is bound to lead the arbitral procedure fairly, treat both parties equally and respect their right to be heard. The best thing that arbitrators can do is to allow a party a reasonable amount of time to present its case and respond to the case of the other party. However, the arbitrator may refuse many days of hearings or many witnesses, if it is in the interest of fairness.

The Act does not explicitly state that arbitrators need to be impartial and independent from the parties. Instead, this condition is provided for in two lines: In art. 6, Sec. 3 of the Act it is stated that the legal entity or natural person appointing arbitrators on the basis of the arbitration agreement is obliged to observe circumstances ensuring the appointment of an independent and impartial arbitrator.

Secondly, a person accepting the position of an arbitrator binds him/herself to act impartially and with professional care so that just protection of rights and legitimate interests of the parties is ensured, that such rights and interests are not violated, and on the other hand, these are not abused. The explanatory report attached to the Act does not explain the reasoning which comes after this provision, focusing mainly on the aspect of technical prowess and professional capacity to decide disputes.

In addition, the explanatory report states that arbitral proceedings are based on similar principles as court litigation and, therefore, impartiality and equality of arms need to be observed. However, this principle is not stated in the text of the Act itself.

4. Challenge of an arbitrator

A person appointed as an arbitrator is required to inform without unnecessary delays the parties about any facts that might cause his/her exclusion from the decision

making on the grounds of possible doubts of its unbiased approach due to his/her relation to either the matter of the dispute or to the parties themselves. This obligation lasts from the moment of being offered the position of arbitrator until rendering of an arbitral award. The parties to arbitration may challenge an arbitrator only on the grounds they have learned after the appointment of said person on the position of an arbitrator. This means that if parties learn about a possible reason to doubt regarding an unbiased approach to an arbitrator (*e.g.*, from his CV) and still decide to appoint him as an arbitrator, they may no longer challenge him due to this reason.

A challenge of an arbitrator needs to be filed within fifteen days after the party learned about a reason for challenging the arbitrator. The challenge is either sent to the legal person appointing the arbitrator (*i.e.*, an arbitral court) or to a local district court. A court deciding on the challenge of the arbitrator shall ask the other party to arbitration to submit its opinion on the challenge. If the parties both agree on the challenge of the arbitrator, then the arbitrator shall be automatically recalled. If the parties do not agree on the challenge, the court shall decide thereupon. No appeal can be filed against the decision on challenge of the arbitrator.

An important thing to note is that a submitted challenge of an arbitrator does not interrupt the on-going proceedings. It would be recommended to keep this issue in mind when designing an arbitration agreement. As it stands, the Act merely precludes an arbitrator that has been challenged from rendering an arbitral award. His ability to otherwise conduct proceedings, accept evidence or keep hearings remains untouched. This provision is clearly meant to prevent unwanted prolongation of proceedings by any party simply challenging any arbitrator and keeping him from proceedings further with the issue. On the other hand, it might be wise to prevent a clearly biased arbitrator from ruining proceedings by procedural decisions. If a party is sure that it can screen a seriously biased arbitrator during the appointment stage, maybe the standard legal procedure is acceptable. Also, if the party is worried about the other party willing to slow down the proceedings by any means possible, then also it would be reasonable to leave this provision as is. However, if the party is afraid about the other party sabotaging your proceedings through an appointed arbitrator, an amendment for such situation in the arbitration agreement is recommended.

C. Arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

The provisions laying down the rules of arbitral procedure are contained in the Act, the Slovak Civil Procedure Code, procedural rules, if any, of an arbitral court and the arbitration agreement.

The Act stipulates the basic rules of arbitral proceedings, such as filing a request for arbitration (called simply action in the Act), filing a reply, rules for serving documents and the core of rules for providing evidence. The final provisions of the Act also stipulate that the Civil Procedure Code shall apply accordingly to arbitral procedure. As said above, the parties are free to agree that the arbitration procedure shall be governed by other than the Slovak law.

The procedural rules of the arbitration court may provide the rules for the arbitral proceedings themselves, the rules concerning the costs of the proceedings, the rules for other means of alternative dispute resolution and other features of arbitral proceedings related to the protection of rights of the parties to the proceedings. Only the areas not covered in the procedural rules of the arbitration court or the arbitration agreement are governed by the Act.

2. Right to be heard and right to equal treatment

The right to be heard is the fundamental rule of procedure in both litigation and arbitration. The right to be heard is recognised in international arbitration generally, in international commercial arbitration, in proceedings before public international law courts and tribunals, as well as in investment treaty arbitrations. It is also recognised in human rights instruments as the right to fair trial. The right to be heard also covers the party's right to make submissions on new evidence received by the tribunal and relevant to the tribunal's final deliberations. Departure from this rule warrants annulment of an award.

However, the right to be heard does not establish the duty on an arbitral tribunal to issue directions explaining its views to the parties. Nevertheless, the parties must have a chance to comment if the arbitral tribunal changes the opinion it expressly stated in the course of the proceedings. Furthermore, it must be apparent from the award that the arbitral tribunal has taken into account all of the submissions made by the parties.

The right to be heard also includes the right to comment on new evidence that is relevant to the tribunal's final determination. Where the tribunal receives such important new evidence after the proceedings have been closed, it is obliged to reopen the proceedings and give the parties an opportunity to make submissions. The tribunal is not entitled to analyse the new evidence simply by itself, in particular if the evidentiary record is incomplete and the new evidence concerns municipal law.

According to Section 17 of the Act, the parties to proceedings have equal standing and both must be provided with equal opportunities to execute and protect

their rights. According to the explanatory report on the Act, this is mainly directed towards procedural rights of the parties such as the right to file a reply, submit evidence and demand the evidence being admitted.

3. Taking of evidence

Arbitration laws do not deal in depth with taking of evidence. As a result, planning for disputes and questions concerning the scope of discovery is necessary for everyone dealing with international arbitration. The choice of manner of production of evidence and its admissibility and interpretation or assessment should be dealt with by the tribunal.

In highly sensitive areas —such as investments, joint ventures, research and development projects— disputes in open litigation would draw an unwanted interest from competitors, the press, or others who might then have access to public hearings or public records containing highly sensitive information. The privacy of arbitral proceedings, unlike court proceedings, remains a prime procedural advantage to the parties. There is a general understanding that, unless specifically agreed upon, the parties themselves are not obliged to maintain confidentiality. Absent an agreement to the contrary, they remain free to communicate the existence and details of the arbitration proceedings. Further, corporate laws and security laws might also require companies to disclose certain information.

Rules for taking of evidence are laid down in Section 27 of the Act. According to these provisions, the arbitral tribunal shall only take evidence submitted by the parties to the proceedings. The tribunal itself does not procure any evidence by itself, unless stipulated so by its own procedural rules.

The Act also explicitly states that if the arbitral tribunal cannot procure the evidence itself, it is obliged to ask the general court for assistance. The arbitral tribunal does not have the power to summon witnesses to proceedings, if they do not want to testify. As regards confidential information, the Act states that experts or witnesses called to testify may not be interviewed on matters concerning tax, business or other secrets unless specifically released from the obligation to keep secrecy.

D. Provisional measures

Similarly as in litigation, provisional measures are the tools to preserve and ensure the usefulness of arbitration. The failure to preserve evidence or protect the property involved in the dispute can prove disastrous for a party in terms of the final outcome.

The three main issues when dealing with provisional measures in arbitration are the power of courts to grant provisional measures, the power of arbitrators to order provisional relief and the possibility of enforcement of provisional measures granted by the tribunal.

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures

According to the Act, there is a shared competence of both general courts and arbitral tribunals to pronounce provisional measures. Following the rule stipulated in the UNCITRAL Model Law, the general competence for pronouncing provisional measures in arbitral proceedings resides with arbitral tribunals, but prior to the initiation of proceedings, also a general court may pronounce a provisional measure. The Act itself does not explicitly state that the general court may pronounce a provisional measure only prior to initiation of proceedings, although the arbitral tribunal may pronounce such measure only after the initiation of the proceedings. However, the UNCITRAL Model Law and the explanatory report are clear and unambiguous in this regard.

2. Conditions for ordering provisional measures

The Act itself is rather bland as to the conditions for ordering provisional measures, stating merely that the arbitral tribunal may order a provisional measure, if a party to the proceedings asked for it and the tribunal considers it necessary with respect to the subject of the dispute. The Civil Procedure Code, which is additionally applied in ordering of provisional measures, recognizes provisional measures that are ordered for securing the evidence which might be rendered as useless by the other party during the proceedings (*i.e.*, the other party would destroy it), and provisional measures directed at securing the subject of the dispute if there is a concern that the enforcement of the judgement (or arbitral award) would be threatened (*e.g.*, the losing party would destroy or transfer the ownership to the subject of the dispute). The Civil Procedure Code also recognises a separate category of provisional measures ordered in competition cases and IP cases. Both of them may be ordered, if there is a legitimate concern that the existing state might cause illegal harm to a party, which needs to be stopped (*e.g.*, continuous production of products bearing offending trademark).

3. Type of provisional measures

As stated above, the Act does not recognise any types of provisional measures and, therefore, one has to look into the Civil Procedure Code to determine the available types of provisional measures. Under the previous paragraph, the available provisional measures can be divided as follows:

– provisional measures that are ordered for securing the evidence which might be rendered as useless by the other party during the proceedings (*i.e.*, the other party would destroy it). These measures have the effect either to secure the evidence by taking it into court custody or to submit the evidence even before the proceedings;

– provisional measures directed at securing the subject of the dispute, if there is a concern that the enforcement of the judgement (or arbitral award) would be threatened (*e.g.*, the losing party would destroy or transfer the ownership to the subject of the dispute). These provisional measures typically prevent the party currently having in possession of subject of the dispute from either transferring the ownership to subject of the dispute or making any substantial changes thereto;

– provisional measures ordered in competition cases. In Slovak law, competition is also understood as a branch of commercial law concerning unfair ways of competition such as unfair advertisements or spreading negative information about competitors. Provisional measures ordered under these provisions order a party to cease such behaviour;

– provisional measures ordered in IP cases. These may be ordered, if there is a legitimate concern that the existing state is causing illegal harm to a party, which needs to be stopped. They, similarly as the category above, prevent the concerned party from using the IP rights which are at stake.

4. Challenge and appeal against provisional measures

When it comes to defence against pronounced provisional measures, the Civil Procedure Code does not allow many means of protection. The Civil Procedure Code only allows the standard appeal procedure used against any other court decision (when not explicitly disallowed). This appeal needs to be filed within 15 days after delivery of the appealed decision. The appeal has suspensive effect.

5. Enforcement of provisional measures

There was a recent academic dispute concerning the nature of provisional measure in the Slovak Republic and the Czech Republic. According to the UNCITRAL Model Law, a provisional measure is binding for the parties to arbitration, but is not enforceable by court and does not constitute an award. Due to the lack of provisions applicable to provisional measures and analogical application of the Civil Procedure Code, the provisional measures ordered by an arbitral tribunal (the Act does not differ

between domestic and foreign arbitral tribunals in this regard) have the character of provisional measures ordered by the court; *i.e.*, they are enforceable by general courts.

The explanatory report to the Act states that the provision stating that a general court may be asked to enforce a provisional measure was directed at the provision of the Civil Procedure Code stating that provisions concerning enforcement of court decisions (including provisional measures) apply accordingly to other enforceable decisions, thus, making the provisional measures ordered by an arbitral tribunal enforceable. However, this provision was abolished in 2005 and currently provisional measures ordered by arbitral tribunals somehow lack a clear definition in legislation.

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by a Slovak arbitral tribunal (arbitration court with a seat in Slovakia)

According to Sec. 22 of the Act, a general court, in which district a provisional measure shall be enforced, may be asked to enforce the provisional measure ordered by an arbitral tribunal. Sadly, the provision of the Civil Procedure Code that provided the rules for the procedure of enforcement of provisional measures was abolished and, therefore, provisional measures are on one hand supposed to be enforced by general courts according to the Act, but since the lack of powers to do so under the Civil Procedure Code, the provisional measures ordered by an arbitral tribunal would be enforced by court bailiffs (note that bailiffs in Slovak law function differently from their common law counterparts and are separated from the courts).

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

Arbitral enforcement is, as said above, a topic uncovered by Slovak law. Therefore, special acts, such as the Act on international private and procedural law or the Brussels I Directive need to be consulted on enforcement of foreign arbitral provisional measures.

a) Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

The question of enforcing a provisional measure ordered by a foreign arbitral tribunal depends mainly on the legal system under which the arbitral tribunal operated when ordering the provisional measure. If the respective arbitration law/regulation (or its equivalent) does not recognise the possibility of enforcement of a provisional measure ordered by an arbitral tribunal, then the Slovak general courts naturally cannot allow the enforcement of the provisional measure, because it has not been rendered as enforceable (even if the Model Law declares it as binding towards the parties to the dispute). If the provisional measure was ordered by the court or is considered

enforceable under a particular act pursuant which it was issued, then the courts may allow its enforcement by bailiffs.

In case the ordered provisional measure is enforceable by national legislation (remember it is not an arbitral award under the New York Convention), then the difference comes down to the question of applicability of the Brussels Directive on recognition of court decisions in civil and commercial matters or the aforementioned Act on international private and procedural law. In both cases, the relevant provisions of law do not recognise the special need for swift decision and, therefore, considerable delay may occur, especially if the party affected by the decision challenges its enforcement. However, if the decision is final and enforceable in the country of origin, no special procedure for its recognition is required. The difference between the two regimes lies in the reasons of not allowing the enforcement of the decision.

b) Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

As the Slovak law does not recognise the category of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals, the same will apply as above. One difference is that a court decision is always enforceable if rendered by competent bodies and if meets the necessary conditions; therefore, the question is only whether the enforcement is allowed by the court.

E. Law governing the merits of the case

The choice of the governing law is the most important factor affecting the rendered arbitral award. The arbitral tribunal will always look upon the substantive provisions of the governing law to determine legitimacy of the claimant's claim. The law governing the arbitral procedure is important to determine the extent of procedural possibilities of the parties and often also the enforcement of the arbitral award, but the law governing the merits is the one deciding the dispute itself.

1. Choice of law by the parties

One of the important advantages of arbitration is the possibility of choosing the law by the parties either in the agreement out of which the dispute has arisen or in the arbitration agreement itself. Following the line of the UNCITRAL Model Law, the Slovak law in Section 31 allows the parties to choose the governing law of the dispute. They may choose either the governing law itself or only the conflict norm which will determine the substantial law itself.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

If the parties do not come to agreement on the law of the dispute, then the Slovak Act on International Private and Procedural Law shall apply as a conflict norm and determine the applicable substantive law. This is decided usually on the same principles as the law governing the agreement out of which the dispute arose in the first place, but there may be exceptions to the rule.

3. Limit to freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

The Act in Section 31 stipulates two major limitations concerning the choice of the parties when it comes to the law of the dispute. One rather obvious exception is that if a dispute arises out of domestic legal relationships, only Slovak law will be applied as the law of the dispute. According to the explanatory report, this is to prevent domestic parties of disputes from avoiding the provisions of the Slovak law.

The second exception lies in customer protection, and as such Section 31 (3) shall always apply the provisions of the customer protection law, although it is unclear whether the provisions of the Slovak law or other legal system shall apply.

F. Arbitral award

Arbitration proceedings are lawfully finished by issuing an arbitral award. If the case is decided by more than one arbitrator, voting takes place. A simple majority of votes is required for passing the decision on the award. However, a situation when an arbitrator does not participate in the voting process for whatever reason can occur. Such situation does not invalidate the whole voting —remaining arbitrators are allowed to decide without the absenting arbitrator—. However, it is also possible for the parties to the proceedings to agree in the arbitration agreement that voting will be valid only if all arbitrators participate in voting.

In case an arbitrator does not participate in voting and the arbitration agreement does not exclude such situation, equality of votes can occur. In this case, the vote of the chairman prevails.

Minutes of the voting must be produced and signed by the chairman and the remaining arbitrators. If an arbitrator refuses to sign the minutes or does not sign them for whatever reason, it must be stated in the minutes together with stating reasons for such refusal. If an arbitrator did not participate in voting, his/her absence is stated and reasoned in the minutes.

The arbitrator who voted against the passed wording of the award, is allowed to attach his dissenting opinion to the arbitral award and give reasons supporting his opinion. However, in such a case, he/she is obliged to sign the minutes.

Two types of arbitral award are admissible under the Act. First, a meritorious award issued by an arbitration tribunal after ordinary proceedings, and second, an award issued upon settlement reached by the parties.

If the arbitrator or the arbitration tribunal decides the case, they are not allowed to decide on some matters only, and leave the remaining matters out, regardless of whether they were brought in by claim, counterclaim, in amendments to them or later during the proceedings. However, the award may not exceed the limits of raised claims. Furthermore, the award may not satisfy a claim, which is contrary to law, or which claims impossible performance, or would be contrary to good manners.

The latest amendment to the Act further made it inadmissible to award a performance based on an inadmissible contractual provision or following the unfair commercial practice, which are the terms of consumer protection law, defined in the Consumer Protection Act and the Civil Code.

Valid arbitral award must meet the requirements for the form and content. Requirements for the form are (i) written form, and (ii) signature of the majority of arbitrators; if an arbitrator does not sign the award, reasons must be given. Requirements for the contents of an award are (i) designation of the arbitration tribunal, (ii) names and surnames of arbitrators, (iii) names of parties to proceedings and their legal counsels, (iv) place of arbitration proceedings, (v) date of issuing the award, (vi) award part, (vii) reasoning, save for the case when the parties agreed that reasoning is not necessary, or the award only confirmed the settlement reached by the parties, and (viii) notice on the possibility to challenge the award before the court.

The award part consists of the award itself, information on the costs of proceedings and their payment by the party/parties, and time limit for performing the awarded obligation, if applicable.

If arbitration proceedings take place in Slovakia and the parties have not agreed otherwise, every arbitral award is considered to be issued in the Slovak Republic, regardless of the actual place of signing, sending or delivery. Thus, the award is considered to be a domestic Slovak award and there is no need for its recognition.

An arbitral award becomes valid after its delivery to all parties to proceedings, provided that it cannot be further reviewed (if the time limit for filing an application

for review lapsed, or the parties did not agree on a review procedure and the proceedings were only single-instance proceedings). The valid arbitral award has the same effects on the parties as a valid judgement of the ordinary court.

If the issued award contains any obvious spelling or calculation mistakes, the arbitration tribunal shall correct them within 30 days from issuing the award on its own initiative, or upon request of either party. Such mistakes do not invalidate the award and no new voting is necessary. The corrected wording of the award must be delivered to the parties. If the parties wish, they can ask the arbitration tribunal for interpretation of any part of the award within 30 days from its issuing, if the agreement does not state another period.

The parties to the case can reach settlement at any time during the course of proceedings before the arbitral award is issued. In such case, the arbitration tribunal terminates the proceedings. However, if the parties wish to give a higher legal force to their settlement, they are allowed to request the arbitration tribunal to confirm their settlement by an award. This special type of arbitral award, called the «award on agreed conditions» is not passed upon voting, and does not contain the proper award part and reasoning, only confirms the contents of the settlement. The award on agreed conditions has the same effect as the proper award described above.

G. Challenge and revision of award

The Slovak law provides for two distinct procedures to make good possible errors made by the arbitration tribunal. The possibility of revision of the arbitral award is left to the parties, and is admissible only if the parties agree so in the arbitration agreement. Furthermore, the valid award may be challenged before the court for the reasons set forth by the Act, which cannot be excluded by the parties.

1. Revision of award

a. Grounds for revision

The Act does not stipulate any specific grounds for arbitral award revision. As the regulation of arbitration in the Slovak Republic is very liberal, the question of revision of the award is left completely to the will of the parties. If the parties do not mention any revision procedure in the arbitration agreement, the proceedings end in single instance and the issued arbitral award is final and binding. However, the parties are free to agree on the possibility of revising the award by another arbitrator or more arbitrators upon request of either party. The grounds for revision are, thus, completely left to the agreement of the parties.

If the arbitration is conducted by the permanent arbitration tribunal pursuant to its rules of procedure, they usually state whether the proceedings end in single instance or whether the revision procedure is admissible, and what the grounds for revision are like.

b. Proceedings

If the parties have agreed in the arbitration agreement that the first arbitral award can be reviewed by another arbitrator or arbitrators, reviewing arbitrators are appointed under the same rules as those applied in the first proceedings.

In such case, either party is entitled to file a petition for review within the period of 15 days from delivery of the contested award. The procedure for first instance proceedings applies accordingly. Permanent arbitration tribunals have their own rules of procedure, which regulate the review procedure, if admissible.

2. Challenge of award

a. Grounds for challenging awards

The Act exhaustingly sets forth the grounds for challenging the issued Slovak arbitral award before the regular court and for claiming its annulment if:

– (1) award was issued in a matter, which cannot be subject to arbitration (*i.e.*, disputes on the creation, change or extinction of real estate ownership, personal status, enforcement of judicial and administrative decisions, and disputes arising from insolvency and restructuring proceedings);

– (2) award was issued in a matter already decided by a court or decided in another arbitration (*res iudicata*);

– (3) party to arbitration contests validity of the arbitration agreement;

– (4) matter falling outside the scope of the arbitration agreement was decided, provided that the party objected this issue during the course of arbitration;

– (5) party, which must obligatorily be represented by a legal representative (*i.e.*, a person with limited legal capacity due to low age or mental disorder), was not duly represented, or a party, which is represented by a person without proper power of attorney, provided that his/her acts were not additionally approved;

– (6) arbitrator, which was excluded from decision making process for his/her partiality or whose exclusion could not be achieved by the party without his/her fault before issuing the award, participated in the decision making;

– (7) principle of equality of parties was violated;

– (8) reasons for reopening of the procedure exist: (i) facts, decisions or evidence, which the party could not use without his/her fault in the proceedings, are now available, provided that they can bring about more favorable decision for the party, (ii) evidence which could not be executed in the original proceedings can be executed now, provided that they can bring about more favorable decision for the party, (iii) disadvantageous decision for the party was issued as an outcome of a criminal offence or an arbitrator, (iv) the European Court of Human Rights decided that fundamental rights of the party were violated and the disadvantageous outcome of this violation was not made good by an appropriate satisfaction, and (v) award is contrary to the decision of the Court of Justice or another body of the EU; however, the parties can completely exclude this challenge reason in the arbitration agreement;

– (9) award was influenced by a criminal offence of the arbitrator, a party or a professional witness, for which he/she was lawfully condemned;

– (10) consumer protection legislation was violated in decision making process.

Parties may not exclude any ground for challenging the arbitral award by the arbitration agreement, except the reasons for reopening the procedure stated above.

A foreign arbitral award cannot be challenged before Slovak courts.

b. Proceedings

If one of the above-mentioned grounds for challenging the arbitral award exists, the aggrieved party can file an action for annulment of the arbitral award with the competent court within 30 days from delivery of the award. If the reasons for reopening the procedure exist, provided that such challenge reason was not excluded by the arbitration agreement, the aggrieved party may file an action within the 30-day-subjective period from the date when the reason for reopening of the procedure came into knowledge of the aggrieved party, but no later than within the 3-year-objective period from the date of delivery of the award. After expiry of the 3-year-objective period, the party may not file an action for annulment, even if the reasons mentioned above arise.

Jurisdiction of the court is determined according to the Civil Procedure Code. The District Court, which territory is the place of arbitration, is the competent court for hearing the case. The place of arbitration depends on the agreement of the parties. If such agreement is not reached, the place of arbitration is determined by the arbitration court regarding the nature of dispute and interests of the parties. Permanent arbitration courts have their own provisions on determination of the place of arbitration.

The contested arbitral award remains valid and in force even after an action is filed with the court. However, the court can suspend enforceability of the award upon request of the party, if the reasons of the action indicate that the award may be annulled.

The court may not issue its own decision on the matter of dispute. Jurisdiction of the court in this case is limited to a decision on validity of the contested arbitral award, while the court is bound by the challenge reasons stated in the action for annulment. If the arbitration award is annulled for the reasons stated under (1) or (3) point above (*i.e.*, the matter was excluded from arbitration or the arbitration agreement was invalid), the court *ex offo* continues the proceedings. The arbitration agreement becomes irrelevant and the matter will be decided under ordinary civil procedure. However, if the court annuls the arbitral award for any other reason, the matter will be still decided in arbitration. The only limitation is that the original arbitrators may no longer participate in the new arbitration proceedings. New arbitrators will be appointed by the parties under the same rules as those applied in the original proceedings.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Every arbitral award issued in arbitration proceedings in the country other than the Slovak Republic is considered a foreign arbitral award and is subject to recognition pursuant to 1958 New York Convention on recognition and enforcement of arbitration awards.[1]

[1] Apart from the New York Convention, Slovakia entered into bilateral treaties on legal assistance, including recognition and enforcement of arbitral awards, with several countries, *e.g.*, Cyprus, Czech Republic, Hungary, Slovenia, Spain and Switzerland. These bilateral treaties take precedence before the New York Convention. In case the country where the arbitral award was issued is not a party to the New York Convention, nor has a bilateral treaty with Slovakia, provisions of the Arbitration Act apply. Conditions for recognition of the foreign arbitral award according to the Arbitration Act are equivalent to conditions set forth in the New York Convention.

Enforceability of a foreign arbitration award is not declared by a separate decision; it is acknowledged by the fact that the court competent for enforcement acts on its basis pursuant to the Slovak Enforcement Code as it would be a Slovak arbitration award. Recognition of the foreign arbitral award is, thus, conducted within the enforcement procedure pursuant to the Enforcement Code, under the conditions laid down by the New York Convention.

Enforcement of judicial decisions in Slovakia is not executed directly by courts, but by special officials, bailiffs, under supervision of the courts. An application for enforcement shall be filed with the bailiff in writing together with an application for recognition. The original or a certified copy of the foreign arbitral award in question and the original or a certified copy of the arbitration agreement shall be annexed thereto. All these documents shall be translated into the Slovak language by an official translator. The bailiff subsequently requests the mandate for enforcement from the court.

A foreign arbitral award shall not be enforceable in the Slovak Republic, if the court establishes that (i) recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy, or (ii) it relates to matters that cannot be subject to arbitration under Slovak laws. Such decision can be appealed with the District Court within 15 days from its delivery. If the court does not find any of the above-mentioned reasons for *ex offo* refusal of recognition of the foreign arbitral award, a decision mandating a bailiff to execute the enforcement is issued.

Once the bailiff receives mandate from the court, he/she issues a notice on commencement of enforcement, which calls the liable party to perform his/her obligation voluntarily, or to file objections within 14 days from delivery of the notice. The objections can concern legal issues of recognition of the foreign award, or factual issues, *e.g.*, repayment of the debt, expiration of the claim or its enforceability, or other reasons, rendering the enforcement inadmissible. Objections must contain reasoning and must be filed with the bailiff, who informs the supervising court of them within 5 days. The court shall issue a decision within 60 days.

The court may declare the arbitral award unenforceable upon motion of the party against which the enforcement is invoked only in this stage,[2] based on the objections of such party, provided that one of the following conditions is proven:

---

[2] Supreme Court of the Slovak Republic held in its judgment n.° 2 Cdo 248/2008 that «Recognition of the foreign arbitral award is not declared by a separate decision. Foreign arbitral award is recognized by the means that the enforcement court acknowledges it in the same way as the domestic arbitral award (Section 49 (1) of the Arbitration Act). It follows that Section 44 (5) of the Enforcement Code [standard recognition procedure] is not applicable to recognition

– parties to the arbitration agreement were incapable for the proceedings, or the arbitration agreement was invalid according to the law of the country under which it was concluded, or

– the party against whom the award is invoked was not given a proper notice on appointment of arbitrators or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present its case,

– the proceedings related to the dispute fall outside the scope of the arbitration agreement,

– composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or with the applicable law,

– the award has yet to become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the home country.

The court can also temporarily suspend the enforceability in case an action for annulment of the arbitral award is brought before the respective foreign court. If the court refuses recognition for one of the above-mentioned reasons, or accepts another objection in the enforcement proceedings, the applicant can appeal the decision in the Regional Court within 15 days after delivery of such decision. However, if the court dismisses the objection, no appeal is admissible and the enforcement shall proceed.

Once the 14-day time limit for voluntary performance of the debt or for filing the objections lapses, once the court rejects the objections, the bailiff issues an enforcement order, which determines the means of enforcement. In case of pecuniary performance, enforcement can be conducted by the following means:

– deduction from wage or other income;

---

of foreign arbitral award. Upon motion of the liable party, the enforcement court may refuse recognition and enforcement of the award provided that the liable party proves the existence of reasons stated in Section 50 (1) of the Arbitration Act [equivalent to reasons for refusal of recognition according to the New York Convention]. In regard to the above mentioned such motion is not admissible at the beginning of the proceedings, but only after delivery of the notice on commencement of enforcement. The enforcement court also refuses recognition and enforcement of foreign arbitral award even without motion of the party if it determines that matter of the dispute cannot be subject to arbitration according to legal order of the Slovak Republic, or its recognition and enforcement would be contrary to the public policy. Therefore, no special proceedings and special decision is necessary for recognition of the foreign arbitral award».

– transfer of the claim;
– sale of movable assets;
– sale of immovable assets;
– sale of securities;
– sale of business.

Non-pecuniary claims can be enforced by the following means:

– vacation of premises;
– dispossession or destruction of an object;
– division of an object;
– execution of work or performances.

A special procedure with constant court supervision is set forth for each method of enforcement.

V. Conclusion

The Act is generally considered to be a modern cornerstone of national arbitration in Slovakia. It applies to both domestic and international arbitral proceedings with the place of arbitration being located in Slovakia in accordance with its Section 1. The Act, following the UNCITRAL Model Law, is applicable both to *ad-hoc* and institutional arbitration.

Unlike international commercial matters, it can be concluded that arbitration of domestic business relationships is still not very frequent in Slovakia. Luckily, the parochial approach to domestic arbitration does not extend to the area of international commercial arbitration. The use of international arbitration has increased recently and is accepted by the whole Slovak business community together with the resulting increase of foreign investment.

Available figures suggest that international commercial arbitration is mostly practiced in a few foreign law firms. Local law firms still prefer litigation to arbitration while counselling resolution of national commercial disputes. The most probable reason for preferring court litigation to the arbitral procedure may consist in current society's approach towards arbitration on the whole. This situation comes as

a surprise, because various Slovak statistics indicate heavily overworked courts. Consequently, proposals to increase the current number of judges in the Slovak judicial system and mediation in civil disputes have become very popular. Nevertheless, an alternative form of dispute resolution by means of arbitration is addressed less frequently.

España

Jorge Luis Collantes González[*]

Sumario: Introducción.— I. La consideración de *internacional* del arbitraje comercial en España: delimitación de esta aportación.— II. Fuentes del Derecho Arbitral en España.— 2.1. Una cuestión previa: el sistema de fuentes en Derecho español, la autonomía de la voluntad y la constitucionalidad del arbitraje.— 2.1.1. La autonomía de la voluntad y la constitucionalidad del arbitraje.— 2.2. Fuentes del Derecho Arbitral en España.— 2.2.1. Fuentes de Derecho Internacional.— 2.2.2. Fuentes de Derecho Interno.— 2.3. El Derecho de la Unión Europea (UE) y su relación con el Derecho español: especial consideración al arbitraje.— III. La elección de España como sede de arbitraje.— 1. El acuerdo de arbitraje.— 1.1. ¿Dónde y cómo debe constar la cláusula arbitral?— 1.2. Convenio arbitral en cláusula de adhesión.— 1.3. Convenio arbitral por referencia.— 1.4. Convenio arbitral presunto.— 1.5. Convenio arbitral internacional.— 2. La separabilidad del convenio arbitral.— 2.1. Ampliación del acuerdo de arbitraje a terceros: los sujetos que no suscribieron el convenio arbitral.— 2.2. La asunción del principio de *Kompetenz-Kompetenz*.— 2.3. La exclusión de la jurisdicción por el convenio arbitral.— 3. Los árbitros y los tribunales arbitrales (colegios arbitrales).— 3.1. Composición y constitución del tribunal arbitral.— 3.2. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 3.2.1. La prohibición de relación personal, profesional o comercial del árbitro en la Ley de Arbitraje.— 3.3. El deber de revelación (o de declaración) de los árbitros.— 3.4. La recusación de un árbitro.— 3.4.1. El procedimiento de recusación del árbitro.— 3.5. La abstención del árbitro y su remoción por acuerdo de las partes.— 3.6. El nombramiento de árbitro sustituto.— 3.7. Deslinde de conceptos en torno al árbitro: sobre la no confusión de idoneidad con falta de independencia, o de imparcialidad, o de capacidad en torno a los motivos de nulidad de laudo.— 3.8. La responsabilidad de los árbitros.— 4. El procedimiento arbitral.— 4.1. Generalidades y ley que rige las actuaciones procesales.— 4.2. Formalidades de las actuaciones procesales.— 4.3. El derecho a ser escuchado y el derecho a tratamiento igualitario.— 4.4. El procedimiento arbitral.— 4.4.1. Lugar e idioma del procedimiento.— 4.4.2. Demanda y contestación de la demanda.— 4.4.3. ¿Qué pasa si una de las partes

* Abogado. Profesor de la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona).

no comparece?— 4.4.4. El nombramiento de los peritos por los árbitros.— 4.4.5. Autonomía de la voluntad y facultades de los árbitros respecto del procedimiento.— 4.4.6. Recopilación de pruebas.— 5. Las medidas cautelares/provisionales.— 5.1. Concurrencia de los árbitros y la justicia ordinaria para el pronunciamiento de medidas provisionales.— 5.2. Condiciones para ordenar medidas provisionales.— 5.3. Medidas provisionales en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.— 5.4. Impugnación de medidas cautelares.— 5.5. Ejecución de medidas provisionales.— 6. Derecho aplicable al fondo de la controversia.— 7. El laudo.— 7.1. Generalidades.— 7.2. Anulación del laudo.— 7.2.1. Motivos de anulación del laudo.— 7.2.2. Plazo y procedimiento de anulación.— 7.3. Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo. Ampliación de plazos cuando se trata de un arbitraje internacional.— 7.4. Plazo para dictar el laudo.— 7.5. La forma del laudo arbitral.— 7.6. El contenido del laudo: motivación, lugar y fecha.— 7.7. Las costas del procedimiento en los laudos arbitrales.— 7.8. La notificación del laudo: la «indagación razonable», un concepto jurídico indeterminado.— 7.9. La obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (exequátur).— 1. El exequátur en España.— 2. Irrelevancia de la naturaleza declarativa o condenatoria del laudo extranjero a efectos de su homologación.— 3. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje.— 4. La ejecución forzosa del laudo.— V. Los órganos judiciales competentes para el apoyo y control del arbitraje (a propósito de ejecución, nombramiento de árbitros, pruebas, medidas cautelares y acciones de nulidad).— Anexo. Esquema general de la Ley n.° 11/2003 (Ley de Arbitraje).

Introducción

La ubicación, su legislación arbitral y sus lazos históricos, comerciales y culturales con distintos pueblos de la Tierra colocan a España en un *escenario privilegiado para el desarrollo de procesos arbitrales internacionales*. España está en Iberoamérica, en el Mediterráneo y en Europa; y en su misma política exterior son perceptibles estas tres áreas geográficas, sin dejar de lado las cada vez más crecientes relaciones comerciales con Asia.[1]

En España, actualmente el arbitraje está regulado básicamente en la Ley n.° 60/2003 sobre Arbitraje (en adelante LA), una ley reciente, de notable criterio antiformalista y respetuosa de la *autonomía de la voluntad*, y donde reiteradamente se regulan aspectos arbitrales bajo la premisa de «salvo» acuerdo contrario entre las partes.

[1] Ya en el Preámbulo de la Constitución se manifiesta «la voluntad de… colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

La tradición arbitral dentro de sus instituciones data de siglos. Las Partidas de Alfonso X el Sabio (1265) ya la regulaban. Concretamente la Partida Tercera, dedicada a lo procesal, decía que «Árbitro es el que aleguen las partes para que juzgue, guardando las solemnidades del Derecho. Arbitrador el que no las guarda» (Título IV, Ley XXIII), estableciéndose así una clara distinción legal entre lo que hoy conocemos como arbitraje de Derecho y arbitraje de equidad.[2]

La Constitución de Cádiz de 1812, la primera de la historia constitucional española y entre los países de Iberoamérica reconocía que «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (art. 280).

El espíritu liberal de esa Constitución —en la que en ese entonces geográficamente estaba representada la España de «ambos hemisferios»— llegó a abordar directamente la ejecución de los laudos arbitrales y la apelación del laudo. Dos siglos atrás, ya el constituyente había dotado a España de modernos criterios en favor de la ejecución del laudo, criterios que hoy se podrían identificar —rudimentariamente o no, según quien lo mire— con el principio de presunción de validez y ejecutoriedad del laudo arbitral, el principio de excepcionalidad y el principio de favorabilidad, tres principios que coincidentemente han inspirado la Convención de Nueva York de 1958[3] y que rigen en el arbitraje internacional de nuestros días. Pues, la Constitución de 1812 establecía que «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar» (art. 281),[4] lo que hacía evidente que la inejecución del laudo se presumía de *inconstitucional*.

La actual LA de 2003 tiene como antecedentes cronológicos a la Ley de Arbitraje Privado de 1953 y a la Ley n.° 36/1988; y una de las virtudes más llamativas es la sistematización de su contenido al punto de tener subtitulados todos sus artículos, lo que facilita su lectura sistemática, así como su contundencia respecto a que en los asuntos regidos por esta ley «no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga» (art. 7 LA) y, también, la asunción de renuncia tácita a las

---

2 Observación extraída de Roca Aymar. *El arbitraje en la contratación internacional.* ICEX. Madrid, 1994, p. 67.

3 Sobre estos principios, *vid*. Mantilla Serrano. «La Ejecución de laudos anulados y la Convención de Nueva York». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2009, n.° 15, p. 21.

4 *Vid.* Merino Merchán. *La Constitución de 1812 y el arbitraje. Spain Arbitration Review*, n.º 14/2012, pp. 33 y ss.

posibilidades de impugnación del laudo (art. 6 LA),[5] lo que abre camino a la renuncia expresa de las partes.

En atención a la autonomía de la voluntad, España permite el arbitraje de todo lo que sea jurídicamente disponible y se puede recurrir tanto al arbitraje *ad-hoc* como al institucional y al arbitraje de Derecho y al arbitraje de equidad.

La LA es considerada de perfil monista[6] y sintoniza la Ley Modelo UNCITRAL. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LA describe que:

> Su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional... recomendada por la Asamblea General en su Resolución n.° 40/72, de 11 de diciembre de 1985... El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

Desde su aparición, la LA ha dado lugar a una amplia bibliografía que comenta, artículo por artículo, su contenido y la jurisprudencia a la que ha dado lugar.[7] Esta ley fue posteriormente modificada por la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011. De allí que en toda incursión en la regulación, doctrina y jurisprudencia españolas

---

5 Dice: «Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley».

6 El art. 1.1. señala que la LA «se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje». No obstante, hay que tener presente aspectos como plazos, que difieren cuando se trata de un arbitraje internacional.

7 *Vid*. Barona Vilar (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje.* Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011; Martín Muñoz, A. y S. Hierro Anibarro. *Comentario a la Ley de Arbitraje.* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2006; González Soria, J. (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje.* Cizur Menor: Aranzadi. 2011; Yáñez Velasco. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004 (este volumen alude constantemente los trabajos parlamentarios); Mantilla Serrano. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional.* Madrid: Iustel. 2005; Guilarte Gutiérrez, V. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje.* Valladolid: Lex Novo, 2004.

sea aconsejable tener bastante cuidado con las materias modificadas por la citada reforma.[8]

La actualidad del arbitraje en España es el reencuentro con sus tradiciones jurídicas, lo que se refleja no sólo en una legislación progresista sino en hechos como el auge de litigios arbitrales; la cualificación de los árbitros; una creciente oferta académica en la materia; la creación del Club Español del Arbitraje, su proyección exterior en capítulos a otros países (incluso en países que no son de habla hispana) y la elaboración de su Código de Buenas Prácticas Arbitrales y de sus Recomendaciones sobre la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros; la celebración más frecuente de eventos arbitrales, aparejados de la elección de aspectos arbitrales como tema de tesis en nuevos doctorandos y líneas de investigación; asi como en el aumento de publicaciones sobre la materia.

Al hilo del entorno arbitral en España, destaca también el desarrollo de actividades conjuntas entre la abogacía práctica y el mundo académico. Ejemplo de ello es el *Moot Madrid,* una competición universitaria internacional en habla hispana, o la elaboración de un *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*, o la actual preparación de una *Enciclopedia Jurídica del Arbitraje en Español*.

Asimismo, el sistema de fuentes del Derecho español permite la aplicación de ordenamientos modernos y contemporáneos como los Principios UNIDROIT o los Principios Lando, ya que los Principios Generales del Derecho (que asumen y contienen esos ordenamientos) son parte de nuestro sistema de fuentes, como lo veremos.

I. La consideración de *internacional* del arbitraje comercial en España: delimitación de esta aportación

Antes de entrar en las cuestiones que los distintos autores abordamos en esta obra colectiva, es necesario precisar cuándo estamos ante un arbitraje internacional. A tenor del art. 3.1 LA, un arbitraje es considerado internacional:

> Cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
> *a).* Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

---

[8] Una explicación clara y esquemática de la reforma puede verse en Merino Merchán, «*Comentarios a la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de Reforma de la Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*». *Noticias Jurídicas,* julio 2011; Hinojosa Segovia, R. «La nueva Ley de Arbitraje». En *Portada*, julio-agosto 2011, pp. 16 y ss.

b). Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c). Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

Los criterios utilizados por el legislador señalan tres opciones alternativas para considerar un arbitraje como internacional: el domicilio, la sede del arbitraje, el lugar del cumplimiento de la obligación o de la relación más estrecha y la trascendencia internacional de la relación jurídica, sintonizando así la tendencia legislativa de dar preferencia a las repercusiones que un litigio pueda traer sobre los intereses del comercio internacional ante otras formalidades.

Asimismo, el art. 3.2 LA aclara el panorama ante el tema de la multiplicidad de domicilios, en tanto que:

> Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

II. FUENTES DEL DERECHO ARBITRAL EN ESPAÑA

2.1. Una cuestión previa: el sistema de fuentes en Derecho español, la autonomía de la voluntad y la constitucionalidad del arbitraje[9]

El Derecho español se enmarca dentro del sistema *Civil Law*. Sin embargo, ello no deja fuera de nuestro sistema de fuentes ni a los usos y costumbres mercantiles ni a los principios generales del Derecho. Los usos, costumbres y principios generales del Derecho son perfectamente aplicables por los árbitros y por la justicia ordinaria.

El art. 1.1 del Código Civil (CC) establece claramente que:

---

[9] *Vid.* MERINO MERCHÁN. «Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje». En MERINO MERCHÁN. *Curso de Derecho Arbitral.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 21 y ss.; MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Cívitas, 2006, pp. 89 y ss.

Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley,[10] la costumbre[11] y los principios generales del Derecho.[12]

Asimismo —y sin perjuicio de la primacía de la que gozan los tratados internacionales ni de las que obligaciones que de éstos dimana para los Estados— en las fuentes del sistema español los tratados internacionales son aplicables como parte del Derecho Interno, ya que la misma Constitución (CE) señala que:

> Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (art. 96.1).

En sintonía con lo señalado, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico «con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1.6 CC) y el Poder Judicial tiene «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 CC).

Cabe anticipar que cuando se hable del Derecho español como ley aplicable a la cuestión de fondo de la controversia en el arbitraje, importa tener presente que hoy el tráfico mercantil está básicamente regulado por el Código de Comercio de 1885, pero no hay que perder de vista que se está preparando un nuevo código que no sólo actualizará la legislación mercantil, dicho en términos genéricos, sino que también regularía contratos como la contratación electrónica, los contratos turísticos, los contratos de distribución o los contratos de productos financieros, sintonizando las exigencias del presente milenio. Se trata del futuro Código Mercantil.

España vive la espera del nacimiento de un nuevo Código Mercantil, un Código que no será ajeno a los principios generales del Derecho ni a textos jurídicos de enorme importancia arbitral como los Principios UNIDROIT sobre los Contra-

---

[10] En materia de jerarquía normativa, se especifica que «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (art. 1.2 CC).

[11] «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre» (art. 1.3 CC).

[12] Los Principios Generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC).

tos Mercantiles Internacionales, en torno a los cuales ya el Ministro de Justicia[13] ha avanzado que «la Exposición de Motivos del nuevo Código Mercantil incluirá una referencia expresa a los Principios UNIDROIT», añadiendo que «la madurez de una sociedad… da un paso adelante y, en vez de reclamar a los poderes públicos que actúen, emite unos Principios que puedan utilizarse ante la ausencia de norma legal aplicable».[14]

2.1.1. La autonomía de la voluntad y la constitucionalidad del arbitraje

El respeto a la autonomía de la voluntad es una de las instituciones fundamentales del Derecho contractual español.

Tras una transición política que ha ganado inquietud, admiración y simpatía en distintas latitudes, apareció la Constitución de 1978, actualmente en vigor. Tras la Constitución apareció una interesante jurisprudencia respecto de la institución arbitral emitida por el Tribunal Constitucional (TC).

Así, la Sentencia del TC n.° 174/1995 de 23 de noviembre de 1995,[15] puso en relieve que la autonomía de la voluntad para someter una controversia a arbitraje no es incompatible con el monopolio de la justicia que ostenta el Poder Judicial en el seno del Estado. Esta sentencia aclaró que el principio de exclusividad del Poder Judicial es compatible con los sistemas alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, ya que los litigantes pueden elegir libremente entre acudir a una u otra vía.

La citada sentencia del TC considera al arbitraje como un «equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)».

La Sentencia del TC n.° 174/1995 no es una pronunciación aislada. Con anterioridad a la citada sentencia, ya el TC había reconocido la *equivalencia jurisdiccional* del arbitraje. Concretamente, en su Sentencia n.° 288/1993 de 4 de octubre de 1993, el alto tribunal había manifestado que «La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbi-

---

13 *Abogacía.es*, 25 de octubre de 2012.

14 En valoraciones del profesor Bercovitz, Alberto «El futuro Código Mercantil unificado nace con la vocación de permanencia en el tiempo y de simplificar el entorno empresarial» (entrevista en *Diario Jurídico,* 12 de noviembre de 2012).

15 La controversia que dio lugar a sentencia se originó en la Ley n.° 16/1987 de Ordenación de Transporte Terrestre, que imponía el arbitraje para controversias que no superaran los 3000 euros.

trales… Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC n.° 62/1991) «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada».

La tutela constitucional del Arbitraje fue tal en la Sentencia n.° 288/1993, que el TC llegó a decir en ese momento que «una decisión judicial que admite un recurso extemporáneo y modifica un laudo arbitral que había adquirido firmeza mediante una interpretación de las causas y plazos de interposición del recurso de anulación que vulnera el art. 24 de la CE,[16] por lo que no queda sino declarar su nulidad, así como la firmeza y efectos de cosa juzgada del laudo arbitral, origen de este recurso».[17]

En España el arbitraje no supone una violación del derecho de libre acceso a los tribunales del Estado (justicia ordinaria) porque la sumisión a arbitraje nace del acuerdo arbitral y en todo acuerdo arbitral subyace la autonomía de la voluntad.

En este sentido, para concretar la equivalencia jurisdiccional del arbitraje que alude la jurisprudencia constitucional, el profesor Merino Merchán[18] esquematiza la concurrencia de los parámetros siguientes:

> 1.ª Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en Cortes Generales (STC n.° 62/91, de 22 de marzo, por todas).
> 2.ª Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.6.ª y 9.ª CE y STC n.° 15/89, de 26 de enero).
> 3.ª Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC n.° 11/81, de 8 de abril, n.° 2112/91, n.° 2386/95 o n.° 174/95, por todas).
> 4.ª Que concurra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el proceso judicial ordinario del Juez del Estado. Es decir, que una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.
> 5.ª Que por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no sólo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad

[16] El art. 24.1 CE consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Dice «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

[17] Téngase en cuenta que la actual LA acoge la nulidad como «acción», mas no como un recurso contra el laudo.

[18] «*La Constitución de 1812 y…*». *Op. cit.*, p. 44.

> sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos a la cosa juzgada (SSTC n.° 43/88, n.° 15/89 y n.° 62/91, luego reiteradas).

Como se puede observar, la libertad contractual y la autonomía de la voluntad justifican el arbitraje en el constitucionalismo español.

2.2. Fuentes del Derecho Arbitral en España

2.2.1. Fuentes de Derecho Internacional

Podemos decir que los tratados multilaterales suscritos por España en materia arbitral son los siguientes:

- La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
- El Convenio CIADI (Washington, 1965).
- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), en tanto que puede considerarse ley aplicable a los contratos sometidos a arbitraje.
- El Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje (Ginebra, 1923).
- La Convención sobre la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Ginebra, 1927).
- El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961).
- Acuerdo relativo a la Aplicación del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (París, 1962).

El multilateralismo es el actual modo mediante el que los Estados tratan aspectos de interés común. El arbitraje no escapa de esta afirmación. Sin embargo, es oportuno señalar que España tiene tratados bilaterales que inciden en arbitraje celebrados con otros Estados, como el Convenio con México sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Judiciales y Arbitrales (1989), el Convenio con Italia de Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil y Mercantil (1973), o el Convenio con Suiza para la Ejecución de Sentencias en materia Civil y Comercial (1896).

Además, como bien señala el jurista Juan Fernández-Armesto, hay Convenios bilaterales —como con China (1992) y Bulgaria (1993) sobre Asistencia Judicial en materia Civil y Mercantil— que «contienen una simple referencia cruzada al Convenio de Nueva York».

En conexión con la bilateralidad, es importante tener presente los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs, o BITs) suscritos por España, los cuales prevén el mecanismo arbitral como medio para la solución de controversias.[19]

2.2.2. Fuentes de Derecho Interno

La fuente principal del arbitraje en España es la LA, la cual se remite algunas veces a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la que debe tenerse en cuenta en aspectos como la ejecución del laudo.

Asimismo, los Reglamentos de las Cortes de Arbitraje son también considerados parte del sistema de fuentes y son directamente referenciados por la LA, como ocurre en materia de notificaciones (art. 5), designación de árbitros (art. 15.2), independencia y reemplazo de árbitros (arts. 17 y 19), provisión de fondos (art. 21), repetición del procedimiento arbitral (art. 20.2) y voto de calidad o voto dirimente a favor de los Presidentes de los tribunales arbitrales que resuelven los litigios (art. 55).

Otro aspecto que merece tener presente el sistema jurídico español son los Acuerdos No Jurisdiccionales, tomados dentro del Poder Judicial. Como su nombre lo indica, estos acuerdos no son sentencias, ni decisiones que recaen sobre litigios, ni resuelven contiendas, sino que son instrumentos mediante los cuales se acuerdan criterios por parte de los órganos jurisdiccionales.[20]

En lo que a arbitraje se refiere, importa conocer el Acuerdo No Jurisdiccional de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, reunidos en Junta celebrada el 28 de septiembre de 2006 para la unificación de criterios en la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil n.° 1/2000 de 7 de enero de 2000, sobre notificación de laudos arbitrales por correo certificado y exigencias de la «indagación razonable», el cual aludiremos más adelante. Pero, lo que importa tener

[19] Un listado y contenido de estos convenios internacionales se puede ver desde la web de la Secretaría de Estado de Comercio http://www.comercio.es/acuerdos.

[20] Estos acuerdos se hacen en uso de las facultades establecidas en el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.° 6/1985 de 1 de julio de 1985, y dejan a salvo la independencia de los titulares de los Órganos Judiciales para el enjuiciamiento y resolución de los procesos de que conozcan.

presente de cara a cualquier Acuerdo No Jurisdiccional, es conocer el ámbito geográfico, circunscripción o espacio territorial afectado.

2.3. El Derecho de la Unión Europea (UE) y su relación con el Derecho español: especial consideración al arbitraje

El Derecho de la UE forma parte del Derecho Interno e, incluso, por el principio de primacía del Derecho de la UE, este último prevalece sobre las leyes de los Estados miembros de la Unión.

Como se expone a lo largo de este libro, una de las normas de la UE que ha alimentado en su momento el debate en torno al arbitraje es el Reglamento n.º 44/2001, sobre el cual la jurisprudencia de la justicia de la UE ha ratificado que no se aplica al arbitraje, tal como expone la aportación del jurista Philippe Pinsolle dedicada a este reglamento en este libro.

El Reglamento n.º 1215/2012, que entrará en vigor el 2015, también excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación.

No obstante, como bien recuerdan las juristas Carolina Verbruggen y Daria Goldstein en su exposición sobre Bélgica en esta obra, el Derecho de la UE puede tener un impacto en lo referente a Derecho aplicable al fondo de la controversia en un arbitraje, «por medio de la influencia del Derecho europeo en el Derecho de los Estados miembros. Sea a través de las Directivas que deben ser transpuestas o por medio de los Reglamentos directamente aplicables. En particular, el Derecho Europeo de la Competencia es considerado como de orden público y tiene que ser tomado en cuenta por los tribunales arbitrales en Europa»,[21] tema abordado con mayor amplitud en páginas anteriores por la contribución del jurista Alexis Mourre referida al arbitraje y el Derecho Europeo de la Competencia.[22]

Bien, pese a la exclusión del arbitraje del Reglamento n.º 44/2011 y del Reglamento n.º 1215/2012, hay que tener presente que en España los laudos arbitrales son títulos ejecutivos en virtud del art. 517.2 LEC. En este sentido, se debe tener cuidado en la lectura del novedoso Reglamento n.º 1215/2012, por cuanto en virtud del art. 39 «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en

---

21 *Cfr*. TJCE, 1 de junio 1999, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International n.v.*, caso n.º C-126/97.

22 Sobre el tema, *vid.* Blanke, G e L Ortíz Blanco. «El arbitraje en el ámbito del Derecho de la Competencia Europeo». *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012 (3), vol. V, pp. 655 y ss.

él, gozarán también de ésta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva».

Una lectura literal de los preceptos citados (LEC/Reglamento n.º 1215/2012) puede dar lugar, en el futuro, a plantearse la ejecución de los laudos internacionales españoles en otros Estados de la UE, dado que son títulos ejecutivos bajo Derecho español.

III. La elección de España como sede de arbitraje

Como sabemos, la elección de la sede de un arbitraje lleva aparejado que la ley del Estado sede sea la ley que rija el procedimiento arbitral.

En este sentido, al elegir España como sede del arbitraje hay que tener presente que el Derecho español acepta como materia arbitrable a aquéllas que sean de libre disposición. Pues, a tenor de la LA:

> Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho (art. 2.1).

Junto a la materia arbitrable, hay que tener presente otro tema: la capacidad de las partes. Bajo Derecho español, la ley que determina la capacidad de personas físicas y jurídicas es la ley de su nacionalidad.[23]

Asimismo, la elección de España como sede del litigio trae consigo, en el arbitraje internacional, la irrelevancia jurídica del hecho de que una de las partes es un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado. La LA señala que:

> Esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral (art. 2.2 LA).

Pese al carácter monista de la LA, hay particularidades en el arbitraje internacional respecto del arbitraje nacional, las que se dan en materias como el convenio arbitral (art. 9.6 LA) y plazos relativos a la corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo (art. 39 LA), tal como lo veremos.

---

[23] Art. 9.1 CC «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad…». Art. 9.11 CC «La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción».

Además, cabe decir que no hay que confundir la sede del arbitraje con el lugar del arbitraje referido en el art. 26.2 LA.[24] Este precepto está pensado en los lugares de celebración de las vistas o demás actuaciones procesales que acontecen en el desarrollo de un procedimiento arbitral.

1. El acuerdo de arbitraje

La actual regulación del convenio arbitral representa una grata evolución del arbitraje en España respecto de anteriores legislaciones.

Con la antigua Ley de Arbitraje de 1953, el compromiso arbitral estaba previsto de formalidades y se debía hacer por medio de escritura pública. Posteriormenete, la Ley de Arbitraje de 1988 llegó a alcanzar una «libertad formal», una libertad formal que hoy, con la vigente LA, es mayor por cuanto acepta que el acuerdo sea celebrado por cualquier medio que permita ser recuperado, llegando a asumirse el convenio arbitral por referencia,[25] como veremos.

El art. 9 LA está dedicado a la forma y contenido del convenio arbitral, y sintoniza la libertad de forma de los contratos en general que reconoce el CC: «Serán obligatorios los contratos, cualquiera sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

Como simplifica el jurista Bernardo Cremades —tomando de base el CC—, por el convenio arbitral una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras a prestar algún servicio (art. 1254 CC), por lo que las partes contratan los servicios de uno o varios árbitros y, eventualmente, los de una institución que administre el procedimiento arbitral.[26]

1.1. ¿Dónde y cómo debe constar la cláusula arbitral?

Hay libertad para incorporar una cláusula arbitral dentro de un contrato o acordar un arbitraje fuera del contrato. El art. 9.1 LA señala que:

---

[24] Dice «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado».

[25] Munné Catarina, F. *El arbitraje en la Ley n.° 60/2003.* Barcelona: Ed. Experiencias-Bosch, 2004 (trascripción de su esquema comparativo).

[26] «Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley n.° 63/2003, de Arbitraje)». En Martín Muñoz, A. y S. Hierro Anibarro. *Comentario a… Op. cit.*, p. 279.

> El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

En conexión con lo señalado, el art. 9.3 establece que «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo».

Las nuevas tecnologías han cobrado protagonismo en la redacción del art. 9 LA, ya que el art. 9.3 prosigue aclarando que «Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

1.2. Convenio arbitral en cláusula de adhesión

El art. 9.2 LA señala que «Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato».

Esta remisión nos hace tener presente otra legislación como la Ley n.° 7/1998 de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación; el Real Decreto n.° 1096/1999 de 17 de octubre de 1999, por el que se regula la Contratación Telefónica o Electrónica; el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias; y estar pendientes de la normativa sectorial que pudiera afectar a la parte adherida.[27]

No obstante lo dicho, es interesante conocer la jurisprudencia al respecto. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) de 17 de octubre de 2003 —que a su vez cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) de 4 de junio de 2002— señala que:

> La cláusula arbitral en la medida que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores… es nula de pleno Derecho y, por tanto, debe tenerse por no puesta… Las anteriores consideraciones y aplicación de la normativa en protección de los consumidores y usuarios deben ser realizadas de oficio por Jueces y Tribunales…

---

[27] *Vid.* Guillem Camarés. «El arbitraje y el Derecho de los Consumidores y Usuarios». En Collantes González (Director). *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2007, pp. 357 y ss.; Abad Ortega. «La proyectada reforma del Sistema Arbitral de Consumo». *Diario La Ley,* n.º 7952, 2012.

Esta Sentencia invoca el Derecho de la UE en la materia, señalando que:

> La protección que la Directiva n.º 93/3 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, otorga a éstos, implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales… Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva (…) De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores, se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor, que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva.

El citado Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona pone en evidencia que el Derecho de la UE puede entrar en juego en la materia y que éste no es ajeno al arbitraje bajo el ordenamiento español.

1.3. Convenio arbitral por referencia

El convenio arbitral por referencia no consta en el contrato sobre el cual se pacta arbitraje, sino en otro documento en el cual se hace referencia al contrato (art. 9.4 LA).

La LA considera válido este convenio cuando conste por intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (hay una remisión al art. 9.3) y se considerará incorporado al acuerdo entre las partes.

Esta modalidad de convenio arbitral es subrayada en la Exposición de Motivos de la LA, la que considera que «la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma».

1.4. Convenio arbitral presunto

El art. 9.5 LA señala que «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

Se trata de una presunción que —prevista en la Ley Modelo UNCITRAL (art. 7.3)—[28] puede «dar vida» a un convenio inexistente si mediara negligencia de la parte demandada, ya que por el art. 9.5 LA podría darse el caso de que verdaderamente no existiera un acuerdo arbitral y fuere alegado y, sorprendentemente, que la contestación se vaya a la cuestión de fondo sin tener este pequeño gran detalle presente (lo que podría probar que el demandado y/o sus abogados ni siquiera se habrían leído bien ni el contrato ni la demanda).

Sin embargo, no todo debe ser visto desde el punto de vista acabado de citar en el párrafo anterior, sino que este precepto puede facilitar la prueba de acuerdos arbitrales verbales (pese a la exigencia de que sea por escrito). A voz de pronto puede que este planteamiento pueda causar extrañeza, pero no es difícil imaginar que, tras firmar un contrato, las partes se pongan verbalmente de acuerdo en someter cualquier controversia derivada de ese contrato a arbitraje y que, como consecuencia de ello, recurran al arbitraje *ad-hoc* señalando a un tercero, a quien le presenten una demanda y una contestación directamente sobre el fondo del asunto. Esto permitiría la materialización de un acuerdo en virtud de la buena fe,[29] lo que saca a la luz una conjugación entre la autonomía de la voluntad y el criterio antiformalista que ha tenido el legislador.

1.5. Convenio arbitral internacional

El art. 9.6 señala que «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español».

Bernardo Cremades se refiere a esta redacción como «el convenio arbitral en una economía globalizada»[30] y reconoce que la flexibilidad de la ley española en cuanto a los requisitos del convenio y la sucinta regulación de las materias arbitrables aumentan significativamente las posibilidades de validez del convenio arbitral.

---

[28] «Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado *verbalmente*, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio».

[29] *Vid*. Cremades, Bernardo. «Del convenio arbitral….». *Op. cit.*, p. 298.

[30] *Idem*. Aludiendo a Iriberri, Artuch, en cuanto que el art. 9.6 LA contiene una norma de conflicto que utiliza «conexiones cumulativas en cascada».

2. La separabilidad del convenio arbitral

Bajo el principio de separabilidad, se entiende que el convenio arbitral es independiente del contrato del cual forma parte; es decir, que una eventual nulidad del contrato no lleva *ipso iure* a la nulidad de la cláusula arbitral.

En España, el art. 22.1 LA señala que:

> El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Al profano en arbitraje le podría llamar la atención, el hecho de que si jurídicamente «nulidad» significa inexistencia, ¿cómo un árbitro podría ser árbitro si el contrato del que nace la potestad arbitral no existe?

Ante ello, cabe decir que la separabilidad implica un reconocimiento más a la autonomía de la voluntad y que ésta tiene como efecto mantener la validez del acuerdo arbitral, aun cuando el contrato principal donde esté inserto nunca se acabó de formar (es inexistente) o fue declarado nulo.[31]

No obstante, como explica el jurista Mantilla Serrano, la separabilidad no impide que haya motivo de nulidad o inexistencia del contrato principal (y pone como ejemplo el vicio del consentimiento), nulidad o inexistencia que también pueden ser predicables del mismo convenio arbitral. Y, asimismo, tampoco el principio de separabilidad conlleva la intransmisibilidad al convenio arbitral en caso de cesión principal.[32]

2.1. Ampliación del acuerdo de arbitraje a terceros: los sujetos que no suscribieron el convenio arbitral

Como ya ha señalado el jurista suizo Jean Marguerat en su aportación sobre *La extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes,* cabe hacer una distinción entre la transmisión y la extensión (*stricto sensu)* de la cláusula arbitral. De allí que, en aras de una mayor amplitud, sea oportuno parafrasear la terminología usada por el profesor Yáñez Velasco[33] y utilizaremos el término de la *implicación de los sujetos que no suscribieron personalmente* el convenio arbitral.

---

31 Entre otros, González de Cossio, F. *Arbitraje.* México: Ed. Purrúa, 2004, p. 119.

32 *Ley de Arbitraje. Op. cit.*, p. 138.

33 *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje. Op. cit.*, p. 270.

La LA no prevé mecanismo alguno o prohibiciones expresas sobre la ampliación en cuestión. Como señala el profesor Víctor Manuel Sánchez,[34] y partiendo de que existe en ocasiones una tendencia a que terceros que no firmaron un convenio arbitral queden vinculados por tal convenio, por derivar el consentimiento de hechos distintos a la firma: «la decisión acerca de la extensión o no a terceros debe adoptarse de forma cuidadosa, ponderando, por un lado, el principio de relatividad de los contratos y, por el otro, el riesgo de dividir la continencia de la causa y obtener sentencias y laudos potencialmente incompatibles en caso de entender que una parte queda vinculada y la otra no, cuando los hechos objeto de la *litis* son los mismos».

2.2. La asunción del principio de Kompetenz-Kompetenz

El art. 22 LA está dedicado a la potestad de los árbitros para resolver sobre su competencia y señala que:

> Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (…).

Sobre las excepciones procesales a la competencia de los árbitros, la ley indica que se deben hacer en el momento de contestar la demanda (art. 22.2 LA), a más tardar; y «sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas». Es decir, que la recusación de un árbitro por la parte que le eligió es posible.

La misma LA señala que «la excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee (…) la materia que exceda de dicho ámbito» en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, el plazo para presentar la excepción sobre la competencia tiene alguna excepción, excepción basada en la justificación de la demora. En tal caso, la admisión de esa excepción fuera del plazo ordinario será resuelta por los mismos árbitros ya que, literalmente, el art. 23.2 establece que:

> Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

---

[34] *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2011, p. 603.

Asimismo, en cuanto al momento en el que el árbitro único o el tribunal debe resolver las excepciones sobre su competencia, la LA establece que este tema lo pueden resolver:

> Con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto (art. 23.3 LA).

Interesantemente, la LA prevé que la decisión de los árbitros únicamente se pueda impugnar a través de una acción de anulación contra laudo que resuelve la excepción, es decir, acudiendo a la justicia ordinaria. En todo caso, conviene subrayar que ejercitar la acción de anulación no tiene como consecuencia la paralización del arbitraje en marcha, ya que:

> Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral (art. 23.3).

Respecto de la alegación de falta de competencia hecha por las partes sobre la base del convenio arbitral, resulta interesante leer que la profesora Carmen Samanés trasluce que si bien la LEC (arts. 37 y 49) impone a la justicia ordinaria la vigilancia de oficio de la falta de jurisdicción y competencia objetiva, esta afirmación no puede trasladarse sin más al ámbito del arbitraje, ya que la competencia de los árbitros está en su función no sólo de arbitrabilidad en la materia, sino también de la válida sumisión convencional de los contendientes a su autoridad. Razón no le falta a este parecer si, más aún, tenemos en cuenta que la nulidad, inexistencia o caducidad del convenio arbitral no es una cuestión de orden público —apreciable de oficio cuando de vía ordinaria se trata— sino de autonomía de la voluntad. Pues, es el orden público el fundamento del control de oficio de la jurisdicción por parte de la justicia ordinaria, en tanto que esta atribución de los Estados deriva de su soberanía *(ius imperium),* mientras que la validez o no de un convenio arbitral se enmarca dentro de la citada autonomía de la voluntad, la que corresponde a la esfera privada.

2.3. La exclusión de la jurisdicción por el convenio arbitral

La LA excluye a los tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje. No obstante, para que ello cobre eficacia, quien tenga interés en que esta exclusión de la justicia ordinaria se materialice, debe alegarlo presentando una *declinatoria*[35] «dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda judicial si se trata de pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio

[35] La declinatoria es la institución procesal española mediante la cual se objeta la competencia, en general.

ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista si se trata de un procedimiento de juicio verbal» (art. 11.1 LA).

El art. 63 LEC, refiriéndose a demandas presentadas a la justicia estatal, señala claramente que «Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores».

Ahora bien, la presentación de la declinatoria a la justicia ordinaria, no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.2 LA).

3. Los árbitros y los tribunales arbitrales (colegios arbitrales)

El título III de la LA está dedicado a la figura de los árbitros. En líneas generales, la legislación española deja a las partes elegir «libremente el número de árbitros, siempre que sea impar» aclarando que «a falta de acuerdo, se designará un solo árbitro» (art. 12).

Las personas naturales pueden ser árbitros si gozan del «pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión» (art. 13).

En principio, la nacionalidad de una persona no le impide ser árbitro, salvo que las partes hayan acordado lo contrario (art. 13).

3.1. Composición y constitución del tribunal arbitral

Los Reglamentos de las cortes arbitrales son normas a tener muy en cuenta en la composición y la constitución del tribunal arbitral en el arbitraje institucional.

Por su parte, el art. 14 la LA señala lo siguiente sobre el arbitraje institucional:

> 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
>   a. Corporaciones de Derecho Público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
>   b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.
3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

En materia de nombramiento de árbitros, la LA regula este aspecto en su art. 15 (distinguiendo el arbitraje de Derecho, del arbitraje de equidad), de la siguiente manera:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.
2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
   a. En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
   b. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.
   En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
   c. En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Ante la imposibilidad de nombramiento de árbitros, el art. 15 LA señala lo siguiente:

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal com-

petente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.
5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

Asimismo, el art. 15.7 LA no permite recurrir las decisiones sobre nombramiento de árbitros. Señala que:

7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno.

En cuanto a la aceptación de los árbitros, éstos deben comunicar su aceptación dentro de los 15 días siguientes a la comunicación de su nombramiento, ya que de no hacerlo se presumirá que rechazó el nombramiento (art. 16 LA).

3.2. Independencia e imparcialidad de los árbitros

El jurista Ramón Mullerat[36] explica que la imparcialidad «significa la libertad frente a todo prejuicio o favoritismo, ya sea de palabra o de obra, y una disposición de servir a todas las partes por igual y no sólo a una parte. La parcialidad surge cuando un "enjuiciador" favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La imparcialidad es un concepto más abstracto que la independencia, en el sentido de que implica un estado

[36] Se apoya en las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA (*XII Yearbook: Commercial Arbitration*, 199-202) y en la delimitación que se hace de parcialidad e imparcialidad. Según el artículo 3 del citado texto «la *parcialidad* surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o tiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La *dependencia* surge de las relaciones entre el árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente conectado con alguna de las partes». Diccionario Terminológico del Arbitraje… *Op. cit.*, p. 655.

de ánimo que además resulta difícil de medir y de cuantificar (…) La imparcialidad puede ser descrita como un estado mental en el que el enjuiciador no tiene interés en el resultado de la contienda y se muestra abierto a la persuasión de las alegaciones y pruebas de las partes (según el principio de justicia rogada *iudex judicare debet secundum allegata et probata partibus*). En cambio, la parcialidad denota un estado de ánimo que de alguna manera predispone a un resultado determinado o se cierra a considerar determinadas cuestiones».[37]

El mismo autor, al abordar la neutralidad del árbitro,[38] señala que existe una diferencia conceptual entre la independencia y la imparcialidad y que la independencia hace primordialmente referencia a la relación entre el árbitro y las partes, mientras que la imparcialidad tiene un carácter más amplio y hace a menudo referencia a la relación del árbitro con el asunto arbitrable. Ambos conceptos, son interdependientes, pero no son intercambiables y admite que, en todo caso, existen grandes zonas de solapamiento entre ambos conceptos.

En España, ya la Exposición de Motivos de la LA establece el «deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje», la que debe permanecer frente a las partes como una oblicación independientemente de quién les haya designado como arbitros y subraya que «Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia», enfatizando que la nueva LA ha eliminado la remisión que anteriormente se hacía a los motivos de abstención y recusación que rigen para los jueces y magistrados «por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general».

El texto de la LA alude que «Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial» (art. 17.1) y que «Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia» (art. 14.3).

Dejando un momento de lado la normativa estatal, es oportuno hacer referencia a la cultura arbitral que va consolidándose en España, un documento interesante es el texto de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje sobre la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, en el que se sugiere que ni él ni su despacho aceptarán

---

37 *Diccionario Terminológico del Arbitraje... Op. cit.*, p. 643.

38 *Idem*, p. 784.

encargos profesionales de las partes hasta que no haya cesado en sus funciones y en un tiempo razonable tras el cese.[39]

Otro documento interesante en la materia es el Código de Ética de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, que en su Deber 20 señala que «Las instituciones arbitrales exigirán de cada uno de los árbitros una declaración de independencia e imparcialidad donde revele y se obligue a revelar sin demora durante el curso del procedimiento cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas, desde la perspectiva de las partes, sobre su independencia o imparcialidad».

Por su parte, los reglamentos de las cortes arbitrales también recogen la independencia e imparcialidad de los árbitros, como, por ejemplo, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (art. 11),[40] de la Corte Española de Arbitraje (art. 13),[41] etc.

---

[39] http://www.clubarbitraje.com/files/docs/recomendaciones_independencia_arbitral_esp.pdf.

[40] «1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.
2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro deberá suscribir una declaración de independencia e imparcialidad y comunicar por escrito a la Corte cualquier circunstancia que pudiera considerarse relevante para su nombramiento, y, especialmente, las que pudieran suscitar dudas sobre su independencia o imparcialidad, así como una declaración de que sus circunstancias personales y profesionales le permitirán cumplir con diligencia el cargo de árbitro y en particular, los plazos previstos en este Reglamento. La Corte dará traslado de ese escrito a las partes para que, en el plazo de diez días, formulen sus alegaciones al respecto».
3. El árbitro deberá comunicar de inmediato, mediante escrito dirigido tanto a la Corte como a las partes, cualesquiera circunstancias de naturaleza similar que surgieran durante el arbitraje.
4. El árbitro, por el hecho de aceptar su nombramiento, se obliga a desempeñar su función hasta su término con diligencia y de conformidad con lo dispuesto en este Reglamento.

[41] El artículo 13, dedicado a los requisitos que han de cumplir los árbitros y al nombramiento, recusación, remoción y sustitución de los árbitros señala:
«2. Una vez propuesto o designado el árbitro se dará traslado de tal designación al mismo para que en un plazo de tres días acepte su nombramiento y suscriba una declaración escrita de independencia e imparcialidad y de que sus circunstancias personales y profesionales le permitirán cumplir con diligencia el cargo de árbitro y, en particular, los plazos previstos en este Reglamento así como a poner en conocimiento inmediato de la Corte cualquier circunstancia que pudiere resultar relevante para su nombramiento o que se produzca con posterioridad a éste y a lo largo de la tramitación del arbitraje, o que directa o indirectamente pudiere suscitar cualquier duda justificada sobre su imparcialidad, independencia o idoneidad como árbitro. Comunicada a la Corte la aceptación del árbitro, quedará éste nombrado y, en caso de pluralidad de árbitros, constituido el Colegio Arbitral, dándose traslado de ello a las partes. En caso de que alguno de los designados no aceptare, se designará automáticamente al siguiente en el orden de preferencia de las partes.

3.2.1. La prohibición de relación personal, profesional o comercial del árbitro en la Ley de Arbitraje

Si bien la redacción del art. 17.1 LA dice que, «en todo caso», el árbitro no puede mantener relación personal, profesional o comercial con las partes, para la jurisprudencia, ello no implica un extremo en el que el árbitro ha de tener la cualidad de ser un sujeto aislado del entorno y ajeno al rasgo innato de los seres humanos, cual es la *sociabilización*.

Sobre la prohibición de relación personal, comercial o profesional, el jurista José María Alonso Puig se pregunta «¿Qué hacen dos personas, por ejemplo, nombrando árbitro a un amigo común sino es tomar una decisión basada en una relación personal que ambas tienen con él?»[42] y opina que si una solución de controversias así sigue llamándose arbitraje, el legislador no estaba pensando en ello.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2008 consideró que pertenecer a una misma asociación (árbitro y abogados de parte) no amenaza la imparcialidad o independencia del árbitro. Concretamente, árbitro y abogado de parte eran miembros del Club Español del Arbitraje.

3.3. El deber de revelación (o de declaración) de los árbitros

El art. 17.2 LA señala que «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida».

---

3. La Corte comunicará a las partes cualquier circunstancia de la que tenga conocimiento acerca de un árbitro designado por las mismas, que pueda afectar a su idoneidad o le impida o dificulte gravemente cumplir con sus funciones de conformidad con el Reglamento o dentro de los plazos establecidos. La Corte confirmará a los árbitros designados por las partes, salvo que, a su exclusivo criterio, de la relación de la persona designada con la controversia, a las partes o a sus representantes surgieran dudas sobre su idoneidad, disponibilidad, independencia o imparcialidad. Si un árbitro propuesto por las partes no obtuviera la confirmación de la Corte, se dará a las partes que lo propusieron un plazo de 5 días para proponer a otro en su lugar…. Ningún árbitro, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado.
4. Las partes podrán recusar a los árbitros, una vez confirmado su nombramiento, cuando en ellos concurran circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad, independencia o idoneidad, mediante escrito…».

[42] En GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.) *Comentarios… Op. cit.*, p. 239.

3.4. La recusación de un árbitro

Como es sabido, la recusación de un árbitro es la demanda que presente una de las partes para que un árbitro sea excluido del tribunal arbitral. La recusación se distingue de la abstención de un árbitro, en la cual es el árbitro mismo quien renuncia voluntariamente a dirimir la controversia.[43]

La demanda de recusación suele estar fundada en una falta de imparcialidad o independencia del árbitro, por sus vínculos con el litigio o con una de las partes o al abogado de una de las partes.

Lo que se ha de tener en cuenta a la hora de recusar a un árbitro es que el motivo de recusación debe ser conocido después de que un árbitro sea designado, puesto que si conocemos el motivo de antemano y lo designamos, bien podríamos estar cayendo en la ingenuidad o bien podríamos dar lugar a despertar sospechas de mala fe durante el procedimiento arbitral si luego pretendemos acudir a la recusación.

Al respecto, el art. 17 LA señala que:

> 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.
> 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

3.4.1. El procedimiento de recusación del árbitro

En el procedimiento de recusación de un árbitro, los reglamentos de las cortes arbitrales tienen un papel importante. Por lo que es importante que —como predica el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje— las instituciones arbitrales establezcan en sus reglamentos procedimientos ágiles de recusación.

La LA prevé que corresponde a los mismos árbitros decidir la demanda de recusación, en tanto que el art. 8 no incluye la recusación en las funciones de apoyo; y no se permite recurso judicial contra una decisión negativa; pero la recusación fallida (rechazada) sí podría invocarse si es que quien recusa fallidamente la invoca para impugnar el laudo arbitral.

---

[43] *Diccionario Terminológico del Arbitraje… Op. cit.*, p. 866.

En este sentido, el art. 18 LA, tras reconocer que las partes pueden libremente pactar el procedimiento de recusación de los árbitros, prevé que:

> 2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.
> 3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

3.5. La abstención del árbitro y su remoción por acuerdo de las partes

El art. 19.1 LA se ocupa de ambas figuras y señala que:

> 1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de Derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
>   *a.* La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15,[44] para el caso de que se estime la de remoción.
>   Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.
>   *b.* En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

Conviene precisar que la renuncia del árbitro o la aceptación que una de las partes hace a su cese no se considerará como un reconocimiento de los motivos antes mencionados ni en los motivos de recusación (art. 19.2 LA).

3.6. El nombramiento de árbitro sustituto

El art. 20 LA señala que:

---

[44] Dedicado al nombramiento de los árbitros y ya anteriormente tratado.

1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido.
2. Una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas.

3.7. Deslinde de conceptos en torno al árbitro: sobre la no confusión de idoneidad con falta de independencia, o de imparcialidad, o de capacidad en torno a los motivos de nulidad de laudo

Hay que tener presente que la idoneidad del árbitro no puede ser siempre confundida con falta de imparcialidad o con falta de independencia; y, en este sentido, la falta de idoneidad de una persona para ser árbitro tampoco puede ser confundida con falta de capacidad para ser árbitro ni puede ser motivo de nulidad del laudo arbitral. Se trata de conceptos diferentes que si bien el azar podría en algún caso hacer coincidir en una persona, esto por sí mismo, no significa que los términos sean lo mismo.

Una sentencia ilustrativa en la distinción entre estos términos podemos encontrarla en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de mayo de 2009 (Sección Cuarta).

Esta sentencia fue dictada en virtud de la pretensión de nulidad de un laudo arbitral. Una de las partes interesada en la nulidad del laudo, y el citado órgano judicial tomó en cuenta lo siguiente:

> El motivo tercero de nulidad del laudo arbitral se fundamenta en que después de dictado el laudo la demandante tuvo conocimiento de que el árbitro designado por la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Las Palmas Don… fue condenado a ocho meses de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado...
>
> Dado que los hechos… fueron conocidos con posterioridad a haberse dictado el laudo arbitral, interesa su recusación a fin de que por esta Sala se declare la nulidad del pleno derecho del laudo dictado, por causa sobrevenida, conforme establecen los arts. 17.3 y 18.3 de la Ley de Arbitraje…
>
> La demandante alude, en apoyo de su tesis, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de febrero de 1997 referido a un supuesto en el que el árbitro tenía relaciones profesionales con una de las partes, sin que el recusante conociera antes de dictarse el laudo la existencia de la causa de recusación. En definitiva, considera que el laudo arbitral debe ser declarado nulo de pleno Derecho por ser contrario al orden público (art. 41.1.f Ley de Arbitraje) al no haber revelado el árbitro designado las circunstancias que

> hubieran dado lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia, así como por no poseer las cualificaciones convenidas por las partes (art. 17. 2 y 3 de la Ley de Arbitraje).

La Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó la nulidad planteada y expuso que:

> La ley exige que la recusación se proponga tan pronto se tenga conocimiento de la causa, pues precluye la posibilidad de poder atacar el laudo dictado con posterioridad una vez supo la demandante que la decisión era adversa a sus intereses.
>
> Por otra parte la ley permite con gran amplitud la capacidad para ser árbitro, pudiendo serlo cualquier persona natural que se halla en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión (artículo 13) y el artículo 15 de la Ley de Arbitraje sobre el nombramiento de los árbitros, en su apartado 1º, establece que en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.

Sobre el deber de declaración de los árbitros en relación a hechos que pudieran hacer dudar de su imparcialidad e independencia, la citada sentencia recuerda que la regulación actual de estos temas se hace en la misma LA (y no remitiéndose a otras normas como lo hacía anterior legislación ya no vigente):

> El árbitro tiene el deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia, y en la nueva Ley de Arbitraje se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados.

Lo importante es pues que —prosigue la sentencia— resulte:

> garantizada la imparcialidad e independencia del árbitro. Para la doctrina (*vid.* Montero Aroca) la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido, con una o con las dos, relaciones de ese tipo; añadiéndose, que haber mantenido ese tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para la que lo estime oportuno recuse; pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro.

En definitiva, las causas de abstención y recusación de los árbitros son la falta de imparcialidad e independencia, además de no poseer las cualidades convenidas por las partes.

Por tanto, en el caso que nos ocupa y siendo cierto que el árbitro había sido condenado por sentencia firme, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas enfatiza que lo cierto es que también había extinguido su responsabilidad (condena) «cuando fue nombrado árbitro por la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Las Palmas y aceptó el arbitraje hallándose en pleno ejercicio de sus derechos civiles y legalmente habilitado para el ejercicio de su profesión de abogado, pues según resulta de lo certificado por el Sr. Secretario del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de GC se mantenía en situación de colegiado ejerciente».

Esta sentencia aclara que la «capacidad legal» se ajusta a la regulación del Derecho Civil y de la misma LA y no debe ser confundida con «capacidad moral», indicando que:

> Al margen de cualquier consideración de tipo ético o moral, los antecedentes penales… no afectaban a su capacidad legal para serlo ni constituían causa de abstención o recusación en la medida en que por sí mismos no comprometían la imparcialidad e independencia del árbitro, pues en ninguno de aquellos procesos se vio involucrada o afectada directa o indirectamente alguna de las partes contratantes aquí en conflicto, ni explica la demandante cómo o de qué manera tan graves hechos delictivos del pasado afectaban a la imparcialidad e independencia del árbitro más allá de juicios de intenciones o apreciaciones subjetivas manifestadas *ex post* una vez el contenido del laudo ha sido adverso a la recusante.
>
> En efecto, el árbitro ya tenía extinguidas sus responsabilidades penales y no estaba inhabilitado para ejercer su profesión de abogado por lo que podía ser árbitro, tenía capacidad legal para ello, y sus antecedentes penales no constituyen *per se* motivo de abstención o recusación afectante a su independencia e imparcialidad respecto de las partes en conflicto entre quienes dirimía la controversia. Las expresadas circunstancias permitirían quizás cuestionar su idoneidad, pero la inidoneidad del árbitro no es causa de anulación del laudo arbitral, podría serlo del convenio arbitral, por error en la persona nominada en el mismo cuando la calidad de la persona hubiera sido la causa que motivó el convenio arbitral.

3.8. La responsabilidad de los árbitros

Bajo la rúbrica de «Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales», el art. 21.1 LA señala que:

> La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.[45]
>
> En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Asimismo, el citado precepto impone un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente a los árbitros o instituciones arbitrales, quedando exentos de esta obligación las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas.

Un aspecto oportuno de mencionar es, que en virtud de la redacción de la LA y de la jurisprudencia, el error del árbitro no merecería reproche jurídico, porque la LA va ciñéndose a la responsabilidad por mala fe, dolo y temeridad. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 2003 (Sección 14), acaecida sobre la ley anterior, entiende que:

> el árbitro contrae su propia responsabilidad cuando decide la controversia con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de la LA,[46] no pudiendo ser examinada… la conformidad con el Derecho de la decisión tomada ni tampoco la valoración de las pruebas realizadas por el árbitro.

En los arbitrajes donde el tercero imparcial no es un solo árbitro sino un colegio arbitral, cabe la posibilidad de que el árbitro disidente pueda dejar constancia de su

---

[45] La responsabilidad del árbitro no es novedad en la actual ley, sino que estaba prevista en la Ley n.° 36/1988, si bien hay una diferencia que radica en que anteriormente la responsabilidad podría tener lugar si se derivaba de dolo o culpa, mientras que actualmente la culpa se ha sustituido por la mala fe y la temeridad.

[46] El art. 16 de la hoy derogada Ley de Arbitraje de 1988 señalaba que «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

voto en contra del parecer mayoritario (art. 37.3 LA), lo que podría eximirle de responsabilidad, en determinados supuestos.

La responsabilidad de los árbitros es también predicable de las instituciones arbitrales. El art. 21.1 LA indica que «en los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

Cuestión aparte merece la responsabilidad por falta de confidencialidad. Pues, el art. 24.2 LA impone que «Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales».

La profesora Silvia Barona Villar[47] expone que, como punto de partida, el legislador esteblece el deber de confidencialidad circunscrito a la información conocida a través de las actuaciones arbitrales, pero que ello no comporta que se asuma como posible en el sistema arbitral español tan sólo esta modalidad, sino que deja abierta la puerta a otras modalidades de confidencialidad (del arbitraje en sí mismo, de los sujetos del arbitraje, del laudo arbitral). Dice, asimismo, que la mayor expansión objetiva del deber de confidencialidad queda amparada en el ejercicio principal de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que compartimos; o que bien podría, asimismo, establecerse en una norma reglamentaria de una institución arbitral. Pero, a su vez, niega que las partes pudieran restringir el ámbito objetivo establecido por la ley.

Por su parte, el profesor Valentín Cortés Domínguez señala que el principio de publicidad no puede ser óbice para que rija el principio de publicidad que exige el art. 120 de la Constitución[48] y considera que la LA regula la confidencialidad con una extensión difícil de asumir porque —sostiene— que esa regulación sería como pedir a las partes que no den noticia de sus deseadas relaciones privadas.[49]

Prudentemente diremos, el principio de publicidad, previsto en la legislación, se circunscribe al proceso judicial y no al arbitral, ya que quien asume el arbitraje, asume la institución como tal y su regulación legal, tal como se asume la separabilidad del acuerdo arbitral, la competencia de los árbitros para decidir su competencia y otros principios propios de la institución arbitral cuando se elige el arbitraje voluntariamente.

---

47 *Op. cit.*, p. 1153.

48 «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento».

49 De Martín Muñoz y Hierro Anibarro. *Comentario… Op. cit.*, p. 426.

Ahora bien, una vez instada la ejecución del laudo en vía judicial, el debate pierde mucho de su existencia por cuanto llevar al extremo la confidencialidad (al punto de que nada de lo ventilado en el procedimiento arbitral pueda ser dado a conocer a nadie) implicaría que nadie podría solicitar la ejecución de un laudo (porque debería desvelar la existencia del arbitraje), ni oponerse a esta ejecución, ni ejercer una acción de nulidad del arbitraje; ya que al instarse la ejecución del laudo, o al oponerse a una ejecución, o al ejercer la nulidad de un arbitraje, resultaría ingenuo que la parte interesada no alegue hechos en los que se funde su pretensión, como tan ingenuo resultaría creer que el imperativo constitucional del principio de publicidad de las actuaciones judiciales quede derogado por una ley ordinaria (la LA lo es).

4. El procedimiento arbitral

4.1. Generalidades y ley que rige las actuaciones procesales

Como sabemos, las actuaciones de un procedimiento arbitral se rigen por la ley de la sede del arbitraje por lo que, al elegir España como sede, automáticamente el Derecho español es el que rige el procedimiento y, en este contexto, debe también tenerse presente el reglamento de la corte arbitral elegida.

En principio, el arbitraje empieza con la solicitud de arbitraje. El art. 27 LA indica que la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considera la fecha del inicio del arbitraje. No obstante, la autonomía de la voluntad se respeta en este aspecto porque esta afirmación acepta pacto en contrario.

Ahora bien, el inicio de las actuaciones pueden verse bloqueadas por falta de provisión de fondos. Pues, el art. 22 LA establece que salvo pacto en contrario:

> tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

El impago de las provisiones de fondos puede no sólo puede ser consecuencia de una insolvencia de una de las partes sino también de un acto de mala fe por parte de quien a sabiendas de que sería condenado intenta bloquear el procedimiento arbitral

impidiendo su inicio. No obstante, la ley, al imponer la comunicación a las partes muy acertadamente permite que la parte afectada por la amenaza de paralización de las actuaciones pueda hacer el pago que corresponde a la otra parte y evitar así el bloqueo del arbitraje.

El procedimiento arbitral acaba con el laudo y su notificación, como veremos. Sin embargo, hay que anotar que también las actuaciones terminan por desistimiento unilateral del demandante, desistimiento mutuo de demandante y demandado y por decisión de los árbitros en supuesto tasado. Concretamente el art. 38.2 LA señala que el procedimiento arbitral puede terminar cuando:

a). El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.

b). Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

c). Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

4.2. Formalidades de las actuaciones procesales

De acuerdo con el criterio antiformalista reflejado en el art. 30.1 LA, son los árbitros quienes deciden si para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, se ha de celebrar audiencias (vistas orales) o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito.

Esta discreción de los árbitros rige sin perjuicio de las que las partes puedan pactar lo contrario. Sin embargo, el art. 30.1 LA también precisa que «a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara».

Asimismo, garantista del derecho a ser oído y a presentar alegaciones y examinar las alegaciones de la otra parte, la LA establece que se debe citar a las partes «con suficiente antelación», que «podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes» (art. 30.2) y que se debe dar traslado a la otra parte de «todas» las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos aportados por la otra parte (art. 30.3).

Por su parte, el art. 35.2 LA reconoce que «salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento».

4.3. El derecho a ser escuchado y el derecho a tratamiento igualitario

En sintonía con lo expuesto en el apartado anterior, sobre las formalidades de las actuaciones procesales, el art. 24 LA lleva la rúbrica de los «Principios de igualdad, audiencia y contradicción», e impone a los árbitros a tratar a los litigantes con igualdad y a darles suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, ya que de lo contrario el laudo arbitral podría ser nulo en virtud del art. 41, *b* LA.

4.4. El procedimiento arbitral

El Título V de la LA está dedicado a la sustentación de las actuaciones arbitrales y desarrolla aspectos como el lugar del arbitraje, el idioma del procedimiento, la demanda y su contestación, la incomparecencia de las partes, el nombramiento arbitral de peritos y la asistencia judicial en materia de prueba.

4.4.1. Lugar e idioma del procedimiento

En cuanto al lugar de la celebración del arbitraje, el art. 26 LA señala que si las partes no han determinado el lugar, «lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes» y, sin perjuicio de esto, el mismo precepto permite a los árbitros «reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas», salvo acuerdo en contrario de las partes, que deben ser consultadas.

En cuanto al idioma, el art. 27 señala que deja su elección a la voluntad de las partes, pudiéndose elegir uno o más idiomas.

Si no hubiere acuerdo en la elección de la lengua del procedimiento «y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones».

Asimismo, si una parte alegara desconocer la lengua del procedimiento, ésta tendrá «derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice, sin que esta alegación pueda suponer la paralización del proceso», pero una desatención a esta norma podría dar lugar a estudiar la posibilidad de plantear una acción de nulidad si se diere el supuesto del art. 41,*b* LA.

Evidentemente que es posible que los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral desconozcan el idioma del procedimiento.

Estas personas podrán utilizar su propia lengua, tanto en las actuaciones orales como las escritas.

Asimismo, el apartado 2 del art. 27 señala que salvo oposición de alguna de las partes, los árbitros pueden «ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto al del arbitraje».

4.4.2. Demanda y contestación de la demanda

El art. 29 LA es claro en señalar que:

> 1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
> 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

4.4.3. ¿Qué pasa si una de las partes no comparece?

El art. 31 LA regula la incomparecencia de demandante y demandado, así como la falta de presentación de pruebas determinando unas consecuencias jurídicas si es que las partes no hubieren pactado otra cosa.

En este sentido, indica el citado precepto que «cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

> *a).* El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
> *b).* El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

> *c).* Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan».

4.4.4. El nombramiento de los peritos por los árbitros

En cuanto a nombramiento de peritos, el art. 32 LA señala que:

> 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.
> 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle.
> 3. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

4.4.5. Autonomía de la voluntad y facultades de los árbitros respecto del procedimiento

El art. 25 LA reconoce a las partes la facultad de «convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones». Sin embargo, es posible que las partes no hayan acordado nada al respecto, bien por descuido o bien porque no llegaron a un acuerdo.

Al respecto, el art. 25.2 señala que «A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración».

4.4.6. Recopilación de pruebas

Las recopilación de pruebas es otro aspecto donde el árbitro necesita de asistencia judicial. Pues, como sabemos, los árbitros carecen de *imperium*, no están insertos en el aparato judicial de Estado alguno y, por ello, la justicia ordinaria se convierte en una necesidad para el arbitraje.

En este sentido, el art. 33 LA facilita que, tanto los árbitros como las partes (con aprobación de los árbitros), puedan solicitar asistencia al Poder Judicial para la práctica de pruebas, «de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros».

5. Las medidas cautelares/provisionales

Siguiendo el razonamiento del jurista Poch Serrat,[50] si el arbitraje es un equivalente jurisdiccional y la medida cautelar es una medida de potenciación de la eficacia de la futura sentencia, resulta evidente, en principio —y como lógica y natural coherencia— permitir e incluso regular y prever dentro del procedimiento arbitral la articulación de medidas cautelares, para asegurar el sentido del procedimiento arbitral.

5.1. Concurrencia de los árbitros y la justicia ordinaria para el pronunciamiento de medidas provisionales

Los árbitros sí pueden acordar medidas cautelares bajo ley española. Las medidas cautelares no son una exclusividad de los jueces. Los árbitros también pueden acordarlas, si bien los árbitros necesitan de la asistencia de la justicia estatal para materializar las medidas cautelares que han decidido.

En este sentido, el art. 23 LA señala que:

> 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.
> 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

La Exposición de Motivos de la LA aclara que esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 LA, de que la parte interesada pueda instar la adopción de medidas cautelares a la justicia estatal. Pues, la *competencia de la justicia estatal* y *la competencia arbitral* para dictar medidas cautelares no son excluyentes sino que —subrayamos— «son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal».

---

[50] «Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje». En *VV.AA. Medidas cautelares por razón de la materia.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 238.

En todo caso hay que tener presente que las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares no son ajenas a las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos de la misma LA. En cambio, las medidas cautelares tomadas por la justicia ordinaria se rigen por la LEC, por lo que contra éstas cabe recurso de apelación.

En medio de la concurrencia entre los árbitros y la justicia ordinaria, hemos de tener presente que las medidas cautelares acordadas por los árbitros necesitan de la justicia ordinaria para materializarlas.

5.2. Condiciones para ordenar medidas provisionales

Es entendible que la parte interesada solicite una o más medidas cautelares para preservar la eficacia del procedimiento y del laudo arbitral.

En todo caso, la parte que solicita una medida cautelar ha de tener presente el razonamiento y las finalidades de las medidas cautelares que recoge el art. 726 LEC y no dejar de lado los reglamentos de las instituciones arbitrales.

El art. 726 LEC señala que:

> 1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:
>   1). Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.
>   2). No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.
> 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.[51]

[51] A título informativo, cabe citar que el art. 727 LEC, dedicado a las medidas cautelares específicas, señala que conforme a lo establecido en el art. 726, se pueden acordar, *entre otras,* las siguientes medidas cautelares:

«1. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Asimismo, el art. 11.3 LA precisa que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

5.3. Medidas provisionales en procedimiento arbitral y litigios extranjeros

Se ha de tener en cuenta que la LEC aborda las medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros (internacionales), señalando que podrá pedir, a la justicia estatal, que tome «medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedirlas quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la

---

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
4. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
5. La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos.
6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.
10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 ó el 5 % del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.
11. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley… de Arbitraje;[52] o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento» (art. 722).

El citado artículo permite solicitar medidas cautelares —a tenor de la Exposición de Motivos de la Ley n.º 11/2011— a quien «acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, posibilitando con ello una mayor compatibilidad entre lo que se establece en materia de arbitraje y en dicha norma».

5.4. Impugnación de medidas cautelares

Como hemos dicho, en España las medidas cautelares se pueden solicitar tanto al árbitro como a la justicia ordinaria, y en ambos casos pueden ser impugnadas.

Si se decide solicitar medidas cautelares al árbitro, éstas se rigen por la LA. En consecuencia, hay que tener presente se podría plantear una acción de nulidad recogida en el art. 23.2 LA. Cabe impugnar las medidas vía nulidad ante la justicia ordinaria.

Si las medidas cautelares son solicitadas a la justicia ordinaria en virtud del art. 11.3 LA, se tramitarán por lo dispuesto en la LEC (arts. 721 y ss). Contra la decisión (auto) que tomen los jueces, cabe interponer recurso de apelación por disposición de la LEC, y ello podría hacer que el colapso judicial acabe desvirtuando la celeridad que tanta ventaja ofrece el arbitraje.

En efecto, el art. 735 LEC admite el recurso de apelación en los siguientes términos «Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos». Como no hay efectos suspensivos, cabe también la posibilidad de que las medidas cautelares en vía judicial sean resueltas con posterioridad al mismo laudo cuya eficacia se pretendía salvaguardar.

5.5. Ejecución de medidas provisionales

A tenor del art. 8.3 LA, el tribunal estatal competente en medidas provisionales es el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado «y, en su defecto, el del lugar donde

[52] Artículo referido al nombramiento de árbitros. Concretamente, el art.15.3 habla de la formalización señalando que «Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello».

las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Este precepto de la LEC señala que cuando las medidas cautelares se soliciten mientras esté pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, tribunal competente será «el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia» y que «lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados».

6. Derecho aplicable al fondo de la controversia

El Derecho español admite el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad. En sintonía con el respeto a la autonomía de la voluntad, el art. 34 LA dice que:

> 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.
> 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional,[53] los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes.
> Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.
> 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

Como bien se puede observar, se presume el arbitraje de Derecho y en el apartado 2 del precepto se tiende a dejar «fuera de juego» a las normas de conflicto, tan presentes en la legislación nacional relativa a Derecho Internacional Privado.

No obstante, en materia de compraventa internacional de mercadería, se ha de tener presente que España es Estado Parte de tratados internacionales como la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; y que, por la vía del art. 96.1 de la Constitución que hemos aludido anteriormente al abordar el tema de las fuentes, forma parte del Derecho Interno. Por lo que esta Convención podría ser aplicable por los árbitros en caso de que las partes hayan elegido el Derecho sustantivo español. El citado precepto constitucional señala claramente que: «Los Tratados internacionales válidamente celebrados… formarán

[53] *Vid*. Art. 3 LA.

parte del ordenamiento interno», si bien habría que no perder de vista el art. 1 de la citada Convención en tanto su ámbito de aplicación.

Bien, pero como es sabido, no siempre las partes pactan el Derecho aplicable al fondo de la controversia de manera clara, sino que algunas veces lo hacen de manera confusa o, incluso, simplemente no lo hacen. Al respecto, España no es ajena a la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT. Éstos son perfectamente aplicables en toda circunstancia porque, como hemos visto, el CC español asume los principios generales del Derecho como parte de su sistema de fuentes en los términos descritos y, por ende, los Principios UNIDROIT.

7. El laudo

7.1. Generalidades

El laudo pone fin al procedimiento arbitral. Pues, en España es una decisión que no prevé recursos, sin perjuicio de la acción de nulidad.

Los árbitros pueden solucionar la controversia que se les ha sometido en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios, a menos que las partes hayan pactado que ello no tiene cabida (art. 37.1 LA).

Con buena lógica, el art. 35.1 LA señala que cuando haya más de un árbitro «toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente». Pues, cuenta con voto de calidad o voto dirimente.

También hay que tener presente que la LA permite que se dicte laudo por acuerdo de las partes (art. 36):

> 1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.
> 2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Asimismo, el laudo produce efectos de cosa juzgada[54] y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias judiciales firmes (art. 43 LA).

En conexión con esta remisión a la LEC, el art. 510 LEC especifica los motivos por los que cabe la revisión de una sentencia judicial firme referidos en la LA y éstos son:

1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
2. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.
3. Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
4. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

Finalmente, cabe decir que los litigantes, a costa suya, pueden instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado (art. 37.8 LA).

7.2. Anulación del laudo

La acción de anulación se resolverá por el Tribunal Superior de Justicia del lugar donde el laudo arbitral fue dictado (artículo 8.5 LA) y está regulada en el Título VII de la LA.

7.2.1. Motivos de anulación del laudo

Los motivos de anulación de laudos los recoge taxativamente el art. 41.1 LA, señalando que:

> El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
> *a).* Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
> *b).* Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

[54] *Vid*. Ripol Carulla. «La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley n.° 11/2011». *Spain Law Review*, n.° 12/2011, pp. 93 y ss.

c). Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
d). Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
e). Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
f). Que el laudo es contrario al orden público.

La falta de notificación, la inarbitrabilidad de la controversia y el orden público se pueden apreciar por parte del Estado sin necesidad de que una de las partes la invoque. En este sentido, el art. 41.2 señala que:

> Los motivos contenidos en los párrafos *b, e* y *f* del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

La extralimitación de los árbitros y la inarbitrabilidad de la controversia produce una nulidad de efectos limitados (parcial) sobre el laudo. Pues, el art. 41.3 LA establece que:

> En los casos previstos en los párrafos *c* y *e* del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

7.2.2. Plazo y procedimiento de anulación

A tenor del art. 41.1 LA:

> La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

La anulación del laudo se ha de solicitar a la justicia ordinaria. A tenor del art. 42.1 LA:

> La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las siguientes especialidades:

a). La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley n.° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,[55] acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor.

b). El Secretario Judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse. De este escrito, y de los documentos que lo acompañan, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba.

c). Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el Secretario Judicial citará a la vista, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no hubieren solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el Tribunal dictará sentencia, sin más trámite.

El procedimiento de anulación acaba con sentencia judicial. Frente a la sentencia judicial que se dicte resolviendo la nulidad del laudo no cabe recurso alguno (art. 42.2 LA).

7.3. Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo. Ampliación de plazos cuando se trata de un arbitraje internacional

Los aspectos tratados en este ítem, son unos de los aspectos más afectados en la reforma del 2011 que sufrió la LA.

El art. 39 LA se ocupa de la corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo. Hay que tener en cuenta que los plazos que se citan se refieren a arbitrajes internos porque los arbitrajes internacionales cuentan con plazos más amplios, como veremos. Este artículo señala que:

1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:
   a). La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
   b). La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.

[55] El art. 399 LEC se ocupa de la demanda en el proceso civil y de su contenido.

c). El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.

d). La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

La corrección de errores y la aclaración del laudo deben resolverse en diez días y las solicitudes de complemento y rectificación en veinte días, siempre previa audiencia de las partes (art. 39.2).

También cabe la corrección de oficio del laudo, por parte de los árbitros, dentro de los diez días siguientes a la fecha del laudo (art. 39.3).

Como señalamos y a tenor del art. 39.2 LA hay matizaciones cuando se trate de un arbitraje internacional, en tanto que «los plazos de diez y veinte días… serán plazos de uno y dos meses, respectivamente».

7.4. Plazo para dictar el laudo

El art. 37.2 LA regula el plazo para dictar el laudo y estima que los árbitros «deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación» de la demanda o de «expiración del plazo para presentarla», si bien permite que las partes puedan tomar un acuerdo por distinto plazo.

El plazo podrá ser prorrogado por los árbitros «por un plazo no superior a dos meses», mediante decisión motivada, a menos que las partes hubieren pactado otra cosa.

La expiración del plazo no cumplido por los árbitros deja a salvo la eficacia del convenio arbitral y no afecta la validez del laudo;[56] pero estas previsiones legales no exoneran a los árbitros de la responsabilidad en la que pudieran incurrir.

7.5. La forma del laudo arbitral

El art. 37.3 LA establece que:

> Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio

[56] *Vid.* CAMPOS VILLEGAS. «¿Hacia el Arbitraje indefinido?». *Anuario de Justicia Alternativa,* año 2011, n.º 11, pp. 29 y ss.

> arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

En conexión con esto hay que tener presente que se entenderá que «el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

7.6. El contenido del laudo: Motivación, lugar y fecha

La motivación es un elemento fundamental del laudo y en España ha dado lugar a amplia jurisprudencia, como las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de mayo de 2004, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de enero de 2003, de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de enero de 2003, de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 2002.

Los profesores Hermosilla Martín y Rubio Escobar[57] exponen, tras analizar dicha jurisprudencia, que de ésta se extrae que la falta de motivación supone una vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 de la Constitución consagra y que, consecuentemente, la falta de motivación puede conducir a la nulidad por contrariedad con el orden público.

En suma, el laudo, siempre debe tener motivación, a menos que se trate de un laudo pronunciado por acuerdo de las partes (art. 37.5 LA).

Además, el laudo debe señalar lugar y fecha en que fueren dictados.[58]

7.7. Las costas del procedimiento en los laudos arbitrales

El art. 37.6 LA señala que «Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral».

Por la redacción del precepto habría que ser cautelosos y solicitar las costas en la misma demanda presentada en el procedimiento arbitral, o en la contestación. Pues, si se solicitan en vía judicial, es decir en la homologación y ejecución, podría correrse el riesgo de que sean desestimados.

---

[57] «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones arbitrales». En Martín Muñoz, A y S. Hierro Anibarro. *Comentario… Op. cit.*, p. 490.

[58] *Vid*. Art. 26.1 LA.

7.8. La notificación del laudo: la «indagación razonable», un concepto jurídico indeterminado

El art. 37.7 LA señala que los árbitros deben notificar el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar del laudo firmado.

Por su parte, el art. 5, *a)* LA señala que (salvo acuerdo en contrario de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto para las decisiones judiciales):

> Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

El precepto es claro, si bien el término «indagación razonable» puede resultar ambiguo, indeterminado y sujeto a interpretaciones.

En el *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones),* el jurista Jorge Mas Taladriz indica que con el término «razonable», se está indicando que no se apunta a una indagación absoluta y omnicomprensiva por todos los medios que sean imaginables en la práctica, ya que no dejamos de estar ante un deber impuesto legalmente al árbitro para evitar situaciones de indefensión, pero que no se debe perder de vista el abuso de Derecho que puede generar una de las partes a través de la «rebeldía por conveniencia». Recuerda también que algunos autores, como el Profesor Manuel Olivencia Ruíz, consideran suficiente que el árbitro se cerciore de que el lugar donde se ha intentado efectuar la comunicación coincide con el que consta en el convenio, contratos, o registros públicos, sin perjuicio de la colaboración que puede prestar la parte contraria en el proceso arbitral. Para dicho autor, lo que exige la Ley al árbitro es una especial diligencia en la realización de actos de comunicación (como expresa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de noviembre de 2003).

El citado autor recurre a la jurisprudencia española para decir que no faltan precedentes judiciales que limitan considerablemente el significado del término «indagación razonable», limitándose, por ejemplo, al domicilio que figura en el contrato donde consta el convenio arbitral (*v.gr.*, Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de abril de 2008) o considerando que bastan dos intentos de notificación para entender garantizados los derechos de la parte que debe ser notificada (Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006. Interesantemente, el Fundamento de Derecho Tercero recoge: «...que constando en los autos los dos intentos de notificación practicados, una en el domicilio que figura en el convenio arbitral, como de la impugnante, mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial, y otra en diferente domicilio, a través de burofax con acuse de recibo, la falta de efectiva notificación, sólo aquel le es imputable, por lo que no cabe exigir otra conducta a los efectos de notificar la existencia del procedimiento arbitral. En el presente caso, constando en los autos que se remitió el día 17 de febrero de 2004, un burofax con acuse de recibo al domicilio de la parte impugnante que se hizo constar en el contrato, y una segunda notificación al domicilio real y actual de la parte impugnante que no fue entregado, aunque se dejó el correspondiente aviso postal, ha de entenderse de acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, con relación al artículo 5 de la Ley de Arbitraje, que se desplegó una diligencia razonable para comunicar la existencia del procedimiento arbitral a la parte impugnante, y sólo a ella es imputable tal falta de comunicación y conocimiento de dicho procedimiento, en base a la interpretación que debe darse a las comunicaciones intentadas en base al artículo 5 de la Ley de Arbitraje»).

Asimismo, otro elemento orientador de lo que se ha de entender por indagación razonable, lo podríamos encontrar en el anteriormente citado Acuerdo No Jurisdiccional de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, reunidos en Junta celebrada el 28 de septiembre de 2006, por el que se aborda la notificación del laudo por correo certificado y las exigencias de la «indagación razonable» en los siguientes términos:

A) Cabe la notificación del laudo en el "domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección" del interesado sin necesidad de que sea recogida por el propio interesado.
B) La notificación del laudo ha de realizarse por medio que acredite la recepción en el domicilio del destinatario, precisamente del laudo cuya ejecución se pretende, sea por la intervención de notario que acredite el contenido del envío, sea por utilizar burofax con acuse de recibo u otro medio que deje constancia del contenido de la comunicación y de su recepción.
C) La indagación razonable sobre el domicilio debe ser evaluada en atención a las circunstancias de cada supuesto, pero en todo caso deberá

> contemplar la indagación en los registros públicos de los que se pueda extraer algún dato que permita localizar el domicilio o residencia del interesado. (Acuerdo adoptado por unanimidad).

7.9. La obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento

La documentación del procedimiento arbitral debe ser conservada por los árbitros durante dos meses desde la terminación del procedimiento, salvo que se acuerde otro tiempo.

Dentro de tal plazo «cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso» (art. 38.3 LA).

IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS (EXEQUÁTUR)

1. El exequátur en España

Como sabemos, toda decisión arbitral o judicial extranjera necesita de su homologación para ser ejecutada. Conocemos este procedimiento como exequátur.

El art. 46 LA señala que «Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español» y su homologación y ejecución se solicita a las Salas Civiles y Penales del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que corresponda (*vid.* art. 8.6 LA).

Al igual que ocurre en otras jurisdicciones, el Convenio de Nueva York de 1958 es el instrumento genuino para fundamentar una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en España.

Como tratado internacional, el Convenio de Nueva York se ha de interpretar de acuerdo a su objeto y fin y sintonizando sus principios rectores. Al respecto, Fernando Mantilla-Serrano explica que con el fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, la Convención de Nueva York de 1958 asumió tres principios rectores: En primer lugar, el de *presunción de validez y ejecutoriedad del laudo* arbitral, ya que el artículo III de la Convención obliga a los Estados parte, como cuestión de principio, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales cubiertos por la Convención. En segundo lugar, el Convenio de Nueva York estableció el *principio de excepcionalidad*, mediante el cual sólo excepcionalmente podría negarse el reconocimiento o ejecución. Pues, el uso de la forma potestativa demuestra que, ni siquiera en presencia de los casos

previstos en el artículo V de la Convención, el juez del Estado al que se requiere la ejecución está obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo. Y, en tercer lugar, consagró el *principio de favorabilidad* (artículo VII), mediante el cual se permite obviar la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.

España asume que el reconocimiento (exequátur) de laudos extranjeros se rige por el Convenio de Nueva York de 1958 «sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales *más favorables* a su concesión».[59]

2. Irrelevancia de la naturaleza declarativa o condenatoria del laudo extranjero a efectos de su homologación

En materia de exequátur es irrelevante que la decisión arbitral extranjera sea puramente declarativa y no condenatoria.[60] Pues, procesalmente, de lo que se trata es de homologar el laudo y de que un Estado (España en nuestro caso) reconozca el laudo como tal, tal como se evidencia en el Auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1998 concediendo el exequátur a un laudo dictado en Francia en los siguientes términos:

> Esta Sala, en línea con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha venido declarando con reiteración que el procedimiento encaminado a la concesión del exequátur de una decisión extranjera es meramente homologador, y tiene por objeto verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas, generalmente de naturaleza procesal, sin que el órgano jurisdiccional a quien se encomienda esta función pueda revisar el fondo del asunto decidido por la resolución por reconocer más allá de lo que imponga el control del respeto del orden público o, tratándose de laudos extranjeros, de lo que le faculte el artículo V del Convenio de Nueva York de 1958, cuando resulte aplicable. Así las cosas, no cabe confundir este cauce procedimental, al que pone término una resolución meramente declarativa del reconocimiento de los efectos de la sentencia y de su ejecutoriedad, en su caso, en España, con los propios actos de ejecución, que corresponde, una vez obtenida aquélla, al Juez de Primera Instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia o de aquél en que deba ejecutarse; a esta Sala corresponde homologar los efectos que produzca la resolución arbitral extranjera, en función de sus propios pronunciamientos, ya sean meramente declarativos, ya de condena, de suerte que serán esos efectos los

---

[59] El apartado 2 del art. 46 señala que el procedimiento de exequátur «se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros», lo cual nos remite a la LEC.

[60] En este sentido, Cremades, J.A. «El exequátur en España de los laudos extranjeros». *Revista Peruana de Arbitraje,* n.° 6, p. 142.

> que pasarán al orden interno con el contenido y extensión de que gozan conforme al ordenamiento con arreglo al cual se ha dictado la resolución, y sin más limitaciones que las impuestas por la adecuación al orden público; y a los órganos de primera instancia incumbirá llevar a efecto las disposiciones de la sentencia arbitral en esos estrictos términos, si es que contiene algún pronunciamiento susceptible de ejecución, pero sin que deba constituir un obstáculo al exequátur el hecho de que sus efectos, en el aspecto material, se agoten en los meramente declarativos, pues en tal caso serán éstos los que, tras ser reconocidos en esta sede, podrá hacer valer la parte promoviente de la forma que resulte más conveniente a sus intereses, en conjunción con los efectos de carácter estrictamente procesal —principalmente, el de cosa juzgada— que se deriven de ella, y que se proyectarían sobre aquéllos.

3. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje

Un aspecto de actualidad arbitral es el caso del reconocimiento y ejecución de laudos anulados en el Estado sede del arbitraje, pero que, pese a esta anulación, posteriormente son reconocidos y ejecutados en un tercer Estado. El profesor Larroumet explica con amplitud el tema en su contribución a esta obra.

Centrándonos en España, la tendencia es que un laudo arbitral extranjero puede ser reconocido, aun cuando éste haya sido objeto de un recurso o acción de nulidad en el Estado sede. En el terreno judicial, existe un precedente que encontramos en el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.° 3 de Rubí de 11 de junio de 2007, por el que se concedió el exequátur a un laudo arbitral dictado en Francia cuando tal laudo estaba pendiente de una decisión de anulación en el país en donde se dictó.[61]

Este posicionamiento, si bien recae sobre un laudo pendiente de resolverse su nulidad (no sobre un laudo anulado) dejaría la puerta abierta a la posibilidad de reconocer en España laudos anulados en el Estado sede.[62]

4. La ejecución forzosa del laudo

Lo ideal en dos litigantes de buena fe es el cumplimiento del laudo porque ello refuerza no sólo la eficacia del convenio arbitral y del laudo, sino también la posibilidad

---

61 *Vid*. VENEGAS GRAU, M. «Comentario del Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Rubí de 11 de junio de 2007, ejemplo de la evolución de la jurisprudencia española en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España». *Noticias de Litigación y Arbitraje*. Madrid. n.º 5/2009, pp. 7 y ss.

62 Por mayor amplitud, *vid*, DÍEZ-HOCHLEITNER/HEREDIA CERVÁNTES. «Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen». *Spain Arbitration Review*, n.°13/2012, pp. 94 y ss.

de relaciones comerciales futuras. Pues, incumplir el laudo y esperar que la otra parte solicite la ejecución del laudo simplemente para «alargar» la batalla legal, no es obrar de buena fe, salvo que hubiera motivos reales para oponerse a la ejecución o solicitar la anulación del laudo. Ese parecer evitaría muchas veces un deterioro de las buenas relaciones entre comerciantes, compañías o personas que, por alguna controversia, se convirtieron en partes litigiosas. Sin embargo, algunas veces es necesario acudir a los poderes públicos para que el laudo sea ejecutado y cumplido.

Las normas que se aplicarán en la ejecución forzosa del laudo son las normas de la LEC y la misma LA (art. 44 LA).

En este sentido, el art. 45 LA prevé que si bien el laudo es ejecutable, aun cuando se haya ejercitado una acción de anulación contra éste, el ejecutado podrá solicitar al órgano judicial que suspenda la ejecución «siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo». Cabe la suspensión de la ejecución, pero previa caución; y en todo caso, es la justicia del Estado quien decide.

La constitución de la caución se rige por la LEC[63] y, una vez que se solicite, la justicia ordinaria resolverá sobre la caución, previo oído al ejecutante y, sobre su decisión, no cabe recurso.

V. Los órganos judiciales competentes para el apoyo y control del arbitraje (a propósito de ejecución, nombramiento de árbitros, pruebas, medidas cautelares y acciones de nulidad)

Una pregunta frecuente al enfrentarnos a ordenamientos extranjeros o instituciones jurídicas desconocidas, es la de ¿cuáles son los órganos jurisdiccionales a los que hay que dirigirse ante tal o cual escenario procesal?

Las cuestiones sobre órganos judiciales competentes para apoyo y auxilio al arbitraje, están reguladas en el art. 8 LA, un precepto afectado por la reforma de la LA hecha el 2011.[64] Este artículo, bajo la rúbrica de Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, establece lo siguiente:

---

[63] El art. 529 LEC señala que «La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

[64] *Vid.* Fernández Ballesteros. «El reformado art. 8 de la Ley de Arbitraje». *Spain Arbitration Review*, n.° 13/2012, pp. 75 y ss.

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.
2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.[65]
4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.[66]
5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado.
6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

   Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

---

65 El art. 724 LEC, dedicado a la Competencia en casos especiales, señala que «Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados».

66 El art. 545.2 LEC, dedicado al tribunal competente y la forma de las resoluciones en la ejecución forzosa señala que «Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación».

Anexo
Esquema general de la Ley n.º 11/2003 (Ley de Arbitraje)

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES
Artículo 1. Ámbito de aplicación.
Artículo 2. Materias objeto de arbitraje.
Artículo 3. Arbitraje internacional.
Artículo 4. Reglas de interpretación.
Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.
Artículo 6. Renuncia tácita a las facultades de impugnación.
Artículo 7. Intervención judicial.
Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

TÍTULO II. DEL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EFECTOS
Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.
Artículo 10. Arbitraje testamentario.
Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.
Artículo 11 *bis*. Arbitraje estatutario.
Artículo 11 *ter*. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

TÍTULO III. DE LOS ÁRBITROS
Artículo 12. Número de árbitros.
Artículo 13. Capacidad para ser árbitro.
Artículo 14. Arbitraje institucional.
Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.
Artículo 16. Aceptación de los árbitros.
Artículo 17. Motivos de abstención y recusación.
Artículo 18. Procedimiento de recusación.
Artículo 19. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.
Artículo 20. Nombramiento de árbitro sustituto.
Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

TÍTULO IV. DE LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS
Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.
Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

TÍTULO V. DE LA SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES
Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción.
Artículo 25. Determinación del procedimiento.

Artículo 26. Lugar del arbitraje.
Artículo 27. Inicio del arbitraje.
Artículo 28. Idioma del arbitraje.
Artículo 29. Demanda y contestación.
Artículo 30. Forma de las actuaciones arbitrales.
Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes.
Artículo 32. Nombramiento de peritos por los árbitros.
Artículo 33. Asistencia judicial para la práctica de pruebas.

TÍTULO VI. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y DE LA TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES
Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia.
Artículo 35. Adopción de decisiones colegiadas.
Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes.
Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.
Artículo 38. Terminación de las actuaciones.
Artículo 39. Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

TÍTULO VII. DE LA ANULACIÓN Y DE LA REVISIÓN DEL LAUDO
Artículo 40. Acción de anulación del laudo.
Artículo 41. Motivos.
Artículo 42. Procedimiento.
Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos.

TÍTULO VIII. DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DEL LAUDO
Artículo 44. Normas aplicables.
Artículo 45. Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo.

TÍTULO IX. DEL EXEQUÁTUR DE LAUDOS EXTRANJEROS
Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables.

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA. Arbitrajes de consumo.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. Régimen transitorio.
DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogaciones.
DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificación de la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Habilitación competencial.
DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor.

Estonia

Pirkka-Marja Põldvere

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of International Arbitration in Estonia.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Estonia as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Enforcement of Arbitration Agreements: the Principles of Separability and *Competence-Competence*.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Qualification requirements of arbitrators and challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Commencement of arbitral proceedings, submission of statements and the conduct of hearings.— 2. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: (State courts and/or arbitral tribunals?) or Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Types of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in (country).— 5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— E. Law governing the merits of the case.— F. The award, settlement and other grounds for terminating arbitral proceedings.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Estonia

In Estonia arbitration (in Estonian *vahekohtumenetlus* or *vahekohus* or *arbitraaž*) is currently regulated by the Estonian Code of Civil Procedure («*CCP*»), which took effect on 1 January 2006.

Until the adoption of the so-called new CCP, the regulation of (international) commercial arbitration in Estonia was rather inadequate. The previous CCP included only a few provisions on arbitration, namely the right to agree on solving disputes by arbitration, as well as certain rules on the recognition of arbitral awards. Arbitration was mainly conducted in accordance with the Act of the Republic of Estonia on the Court of Arbitration of the Estonian Chamber of Commerce and Industry[1] («*AECCI*»). AECCI regulated only arbitration before the Court of Arbitration of the Estonian Chamber of Commerce and Industry («*ECCI Arbitration Court*»). Therefore, *ad-hoc* arbitration, as well as arbitration under any other arbitral institution was completely unregulated.

The Estonian Supreme Court has made relatively few decisions concerning arbitration. However, it has nevertheless upheld some of the main principles of arbitration.

Most arbitral proceedings conducted in Estonia are institutional arbitrations, most commonly with the ECCI Arbitration Court (http://www.koda.ee/en). Historically this has been the only permanent and institutional arbitration court administering disputes from all kinds of commercial disputes.

The Arbitration Court of the Tallinn Stock Exchange is another permanent independent court of arbitration with considerable practice, but it is established solely for the purpose of resolving disputes arising on the Tallinn Stock Exchange with respect to transactions, listing of securities or other related matters, provided that the parties have entered into an arbitration agreement.

In recent years some other institutional arbitration courts have been established in Estonia (Estonian Arbitration Court,[2] Electronic Arbitration Court[3] and Social Financing Arbitration).[4] Their popularity, credibility and practical importance in international commercial arbitration in a long-term remain to be seen.

Further, some other commissions are (*e.g.*, the Arbitration Court of the Council of Payment System Experts, established under a regulation of the Bank of Estonia) or have to a rather recent date been (*e.g.*, arbitral tribunal for resolution of insurance disputes, established under the Motor Third Party Liability Insurance Act) referred

---

1 In force as of 31 August 1991, amended on 10 February 1999.

2 *MTÜ Eesti Vahekohus* (www.vahekohus.ee; home-page only in Estonian).

3 *Elektrooniline Vahekohus OÜ* (www.e-vahekohus.ee; home-page only in Estonian).

4 *MTÜ Sotsiaalse Finantseerimise Vahekohus* (http://www.sofi.ee/portal/web/guest/overview; home-page only in Estonian).

to as arbitration courts. However, in many aspects they lack the characteristics of independent arbitration institutions, and thus, cannot be treated as such.

Ad-hoc arbitration is not unknown in practice, but considerably less common than institutional arbitration with ECCI Arbitration Court.

Some international agreements executed by Estonian parties also set forth resolving disputes in arbitral institutions abroad, most commonly with the Arbitration Court of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) and the Arbitration Institute of the Central Chamber of Commerce of Finland (CCCF), but also International Chamber of Commerce International Court of Arbitration (ICC), London Court of International Arbitration (LCIA) and other arbitral institutions.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

Arbitration is regulated by arts. 712 to 757 of CCP, which applies to arbitral proceedings conducted in Estonia, except if otherwise provided by law or international agreement. Certain provisions apply even if the seat of arbitration is a foreign country or if the seat has not yet been determined. The same provisions regulate both domestic and international arbitration.

The Estonian arbitration law as in effect since 2006 is largely based on the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration («*Model Law*»). The local legislator has also taken into account the arbitration laws of countries with similar legal backgrounds and systems as Estonia. Therefore, considering that the Estonian legal system (especially with respect to civil law) is, in many aspects, based on the German legal system, the provisions regulating arbitration in the German Civil Procedure Code («*ZPO*») have constituted another example for the Estonian «arbitration act». Furthermore, most differences of the CCP compared to the Model law reflect ZPO's differences from the Model Law. Additionally, the Estonian CCP has also taken examples from the regulation of arbitration in the Netherlands, Italy, Poland and Hungary.

Art. 716 of the CCP sets forth that if the parties have agreed upon the conduct of arbitration proceedings in institutional arbitration, it shall be presumed that the agreement of the parties also extends to the procedural rules prescribed by the regulations of the arbitral institution or other documents regulating arbitration proceedings. The CCP further specifies that if the CCP provides for the right of a party to

file a petition with a court in the case of failure to reach an agreement concerning a procedural issue, it is not permitted in a proceeding conducted by an arbitral institution unless the procedural issue cannot be solved based on the procedural rules of the arbitral institution.

B. International sources

Estonia is a party to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 ("*NYC*"). The Act of Ratification of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards was adopted by the Estonian Parliament on 16 June 1993. Estonia has not opted to any reservations. Nor is Estonia a party to any regional conventions or treaties on recognition and/or enforcement of arbitral awards.

Estonia is also a party to the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (1965).

In 1998 Estonia joined the Energy Charter Treaty.

Additionally Estonia has signed more than 20 bilateral investment treaties (BIT). By and large, the so-called Anglo-Saxon model of investment treaties has been used. The treaties are continuously being amended pursuant to OECD's suggestions.

C. Role of EU law

The EU law affects arbitration in Estonia and the enforcement of foreign arbitral awards just like it affects arbitration and enforcement in any other EU Member State.

III. The election of Estonia as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

Pursuant to art. 717(1) of the CCP an arbitral agreement is an agreement between the parties to resolve by way of arbitration a dispute which has already arisen or may arise between them over a defined contractual relationship or a non-contractual relationship.

An arbitration agreement may be concluded in the form of a separate agreement or as a separable clause being part of an agreement (art. 717(2) of the CCP; in this wording in force as of 1 January 2013). It shall be in the form that can be reproduced in writing, *i.a.* expressed in a confirmation letter (art. 719(1) of the CCP). If a consumer is a party to an arbitral agreement, such agreement must be set out in a document bearing the hand-written or digital signature of the consumer. Otherwise, the general requirements for agreements —set forth in the General Part of the Civil Code Act («***GPCCA***») and the Law of Obligations Act («***LOA***»)— shall be taken into an account.

Non-compliance with the form requirements does not affect the validity of the arbitration agreement, if the parties consent to arbitration.

The Estonian Supreme Court has repeatedly ruled that an agreement on giving the dispute to be resolved in arbitration shall be clear because by this a party denies itself the possibility to turn to court (case n.° 3-2-1-38-02, dated 28 March 2002, para 8).[5]

Further, an appellate court has confirmed that the Estonian courts can, upon assessing the validity of the arbitration agreement, take the practice of other states into consideration.[6] In the same appeal court case the court concluded that an agreement between the parties does not have to be printed out and signed, the agreement by way of sending letters and faxes is valid.

1.2. Substantive validity and arbitrability

Estonian law does not define the term arbitrability. However, pursuant to art. 718 of the CCP the object of an arbitration agreement may be a proprietary claim. An arbitration agreement over a non-proprietary claim is valid only if it is capable of settlement. Further, an arbitration agreement is void if its object is a dispute over (a) the validity and/or termination of a residential lease agreement, or (b) a dispute over moving out from a dwelling or over the termination of an employment contract.

A proprietary claim of a public nature is arbitrable only if an administrative contract can be concluded with respect to the disputed matter. The law further provides that certain other types of disputes may not be submitted to arbitration, or such right may be restricted, if so provided by law. However, the law in effect does not *expressis verbis* provide such disputes.

---

5 See also section 3 below.

6 *E.g.*, in appeal court case n.° 2-05-23561 where the respective reasoning based on the fact that Estonia is a party to NYC.

The court practice on arbitrability under the CCP which has been effective since 2006 is rather scarce.[7] Therefore, no clear line can be drawn in Estonia between arbitrable and non-arbitrable disputes. However, by and large, the principles applicable in other European countries are likely to be followed also in Estonia.

In practice, one more question has often arisen for many lawyers not so familiar with arbitration, namely whether the subject matters for which the CCP sets forth special jurisdiction (in Estonian *erandlik kohtualluvus*) can be resolved by arbitration, and it is sometimes wrongly asserted that not.[8] Thus, it is important to make the difference between court's competence (in Estonian *kohtu pädevus*), which is missing if the parties have executed a valid arbitration agreement, and the jurisdiction of a particular court (in Estonian *kohtualluvus*), which shall be determined once it is clear that the court has competence to review the case.

2. Enforcement of Arbitration Agreements: the Principles of Separability and *Competence-Competence*

Pursuant to art. 423(1)6 of the CCP, regular courts shall not commence proceedings if the parties have agreed on resolving the dispute in arbitration, except if the validity of the arbitration agreement is disputed in the statement of claim.

The negative effect of the arbitration agreement has been confirmed by the Estonian Supreme Court in case n.° 3-2-1-90-07, dated 2 November 2007. It was stated that the courts shall not take a claim into proceedings if the parties have executed an arbitration agreement on the matter. In this case the claimant had requested damages from one of the respondents due to the breach of the terms of releasing the deposit. The court concluded that as the agreement on the usage of the deposit account was an inseparable part of the sale agreement, the arbitration agreement set forth in the sale agreement extended to the damage claim arising from the agreement on the usage of the deposit account. As a result, the court confirmed that the parties had executed an arbitration agreement, and thus, refused to hear the case in court. In the same case the Supreme Court emphasised that the arbitration agreement is mandatory only to its parties. It does not extend to persons that are

---

7 One of the few examples is an appeal court decision in the case n.° 2-06-9525 (the decision dated 28 February 2007), in which the appeal court concluded that while disputes regarding the validity and/or termination of a residential lease agreement are not arbitrable pursuant to art. 718(2)1 of the CCP, then claims of lease amounts and delay interest are not subject matters that would render the arbitration agreement on a lease contract null and void.

8 Unfortunately, the confusion has also been supported by a Supreme Court decision made prior to the adoption of the new CCP, which might give rise to misinterpretation, and some later appeal court decisions.

not parties to the agreement. As in this case the court found that it had jurisdiction with respect to one respondent, but lacked with respect to the other, the court finally noted that the law does not obligate the claimant to file the claim against persons jointly and severally liable to the same court.

In a decision in case n.° 3-2-1-9-07, dated 14 February 2007, the Supreme Court confirmed that a party waives its right to rely on the arbitration agreement if it fails to timely rely on it. The court noted in section 12:

> The CCP enables the court to disregard the arbitration agreement between the parties, if the respondent has not timely relied on it. According to § 330(2) of the CP all objections to the legality of filing of an action or appeal shall be submitted to the court together in the response to the action or appeal or, if a response is not given, in the first court session or upon the filing of the first petition on the merits of the matter. […] The chamber is of opinion that the respondent should have relied on the arbitration agreement on […] as this was the first time the respondent addressed the court after the entering into force of § 330(2) of the CCP. The chamber finds that in this case the parties have indicated by their behaviour that they wish to terminate the arbitration agreement and resolving the dispute in regular court. The claimant has not relied in the statement of claim on the arbitration agreement nor has this been timely done by the respondent. Due to the termination of the arbitration agreement, the proceedings shall be continued in Harju County Court […].[9]

The internationally recognised principles of separability and *competence-competence* are stipulated in art. 730 of the CCP, pursuant to which an arbitral tribunal has the right to determine its competence and, in connection therewith, also resolve the matter of existence of an arbitral agreement and of the validity of such agreement, and, in doing so, the arbitral tribunal shall view the arbitral agreement as an independent agreement not connected to the terms and conditions of any contract.

For the first time, the principle of separability was clearly confirmed by the Estonian Supreme Court in a pre-new CCP case n.° 3-2-1-34-04, dated 15 April 2004, in which the Supreme Court stated:

---

[9] It is clear that the decision correctly concentrated on the waiver on resolving the particular dispute by way of arbitration. However, as the respective agreement between the parties was a long-term agreement, it could be disputed whether the parties' behaviour amounted to the wish to terminate the arbitration agreement as such, or merely to non-application of it to this dispute.

> **20.** […] [Art. 3 of NYC] expresses the internationally recognised principle of separability of the arbitration agreement, which means that, as a rule, the nullity of the main agreement does not in itself bring along the nullity of the arbitration agreement. If this would not be the case, then a party could get rid of the arbitration agreement by requesting the court to find the nullity of the main agreement. For example, the nullity of the arbitration agreement should not stem from the fact that the main contract was executed under deceit or that the fulfilment of the main contract is impossible. However, the arbitration agreement in itself could be annulled on this ground. An opposite example, when the arbitration agreement could be null and void, could be a situation where the arbitration agreement ignores the public order (*ordre public*).

The Supreme Court has confirmed its prior reasoning also after the adoption of the currently effective law. In case n.° 3-2-1-130-07, dated 16 August 2008,[10] the court noted in section 11: «The Supreme Court has noted in its decision in the case n.° 3-2-1-34-04 (section 20), dated 15 April 2004, that, in a rule, the nullity of the main agreement does not bring along the nullity of the arbitration agreement». In a pre-CCP case n.° 3-2-1-104-02, the Supreme Court noted that «notwithstanding the agreement in the contract to resolve disputes on the basis of Swedish law in the Arbitration Court of the Stockholm Chamber of Commerce, the court can assess the validity of the arbitration agreement […] *i.a.* on the basis [of art. 2 of NYC] […]».

The principle of competence-competence was also initially confirmed by the Supreme Court in case made prior to the adoption of the currently effective CCP. In case n.° 3-2-1-123-05, dated 30 November 2005, the Supreme Court noted in section 25: «[…] However, the arbitration court has, by its […] decision denied its competence in the submitted claim […] which is why the claimant can submit such claims to the court and the validity of the agreement can be assessed in court proceedings».

In general, the Estonian courts apply these principles and enforce valid arbitration agreements.

---

[10] In the same case the Supreme Court also noted that: «If the claimant disputes the validity of the arbitration agreement and the statement of claim is taken into proceedings, then it would be efficient to resolve the dispute over the validity of the arbitration agreement by interim award. Even though § 449 of the CCP does not set forth the possibility for an interim award in such a case, the chamber is of opinion that due to the procedural efficiency reasons it is possible to apply § 449(3), which deals with interim decision in cases of objections re limitation period, by way of analogy». However, the position of the Supreme Court re interim award might have changed (though not clear), as in a later case not related to arbitration (Case n.° 3-2-1-94_08, dated 19 November 2008), the court interpreted § 449(3) of CCP very narrowly.

However, to this date, there is no clear practice on the application and interpretation of art. 730(8) of CCP. The respective article sets forth that art. 730 of CCP (regulating competence-competence) does not apply if the court has accepted an action for establishment of the validity of an arbitral agreement or the right of an arbitral tribunal to conduct proceedings in a matter. However, the provision further specifies that the court shall not accept such action if an arbitral tribunal has already been formed in the matter and the tribunal has not yet declared itself to be incompetent in the matter.

Therefore, it could be argued that even though pursuant to art. 423(1)6 of CCP, the court shall not dismiss a case if there is an arbitration agreement, but the validity thereof is disputed (see above), then, if the arbitral tribunal has already been formed, it is the tribunal, not the court that has the primary right to assess the validity. It is unclear whether the court should, in such a case, dismiss the case, or take the claim into proceedings, and stay the proceedings. On the other hand, it could be argued also that if the tribunal has not yet been formed, then the principle of competence-competence does not apply, and the court seems to have the primary right to determine whether the arbitration agreement is valid or not. Considering this, the future (court) practice will have to indicate whether such limitation to the principle of competence-competence would be accepted or not and what would be the legal and practical consequences.

Art. 730(5) of the CCP stipulates that if an arbitral tribunal considers itself to have appropriate competence in the matter, the tribunal shall make a separate decision concerning an objection submitted pursuant to subsections 2 or 3. It is not fully clear whether the «decision» referred to above is an award or procedural decision, even though as of 1 January 2013 art. 756(4) refers to art. 730(5) using the word "order" (art. 730(5) itself remained unchanged). However, an appeal court noted that the failure to make a separate decision (in Estonian *otsus*) cannot be considered to be such a material breach that brings along the annulment of the award.[11]

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

The CCP is silent on the extension of arbitration agreement to third parties. Nor can clear conclusions regarding extension of arbitration agreements to third parties be drawn from court practice.

The only reference that could be made dates back to the pre-new-CCP time and its current impact is untested. In case n.° 3-2-1-38-02, dated 28 March 2002 (para

[11] Case n.° 2-06-9525, dated 28 February 2007.

8) the Supreme Court analysed whether an arbitration agreement in a loan contract could also be binding on the person having given a surety. The court concluded that an agreement between the lenders and the surety providers to resolve their dispute in arbitration could have derived from a clause in the suretyship agreement executed between them, pursuant to which the suretyship agreements were deemed to be an inseparable part of the loan agreements. The court found that this may mean that the arbitration agreement in the loan agreement is binding on the parties to the suretyship agreement. It was further specified that on interpreting the suretyship agreements, also the behaviour of the parties is relevant.

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

Pursuant to art. 721 of the CCP the parties may agree on the number of arbitrators and the procedure for appointing arbitrators. However, if the arbitration agreement gives one party an economic or other benefit that significantly harms the other party regarding composition of the tribunal, the other party may submit to the court a petition to determine the arbitrator/tribunal by following other rules. Such petition to court shall be filed within 15 days as of the time when the party found out about the formation of the tribunal. The CCP provides that the tribunal may (but does not have to) suspend arbitral proceedings in such a case.

If the parties have not agreed on the number of arbitrators, the dispute shall be resolved by three arbitrators. If the parties have not agreed on the appointment procedure, either party shall appoint an arbitrator who shall jointly appoint the chairman. If a party has not appointed an arbitrator within 30 days from receiving the other party's respective request, or if the appointed arbitrators are unable to appoint the chairman within 30 days from their appointment, the arbitrator shall be appointed by court upon a party's request. If the parties have agreed on appointing one arbitrator but they are unable to agree on the appointment procedure, the arbitrator shall be appointed by the court upon a party's request. If the parties have agreed on the appointment procedure and one party breaches it or if the parties or both arbitrators are unable to reach agreement or if a third person does not fulfil appointing tasks, either party may request appointment by court, except if the appointment procedure provides otherwise. The respective competent court referred to above is the county court in which jurisdiction is the seat of arbitration (thus most often *Harju Maakohus* (Harju County Court).

Art. 723 of the CCP stipulates that in order to appoint an arbitrator, the candidate for arbitrator shall give his or her written consent to the person who

made the proposal to appoint him or her. In practice, it could probably be interpreted in a way that a consent that can be reproduced in writing (*i.a.* an e-mail) suffices.

2. Qualification requirements of arbitrators and challenge of an arbitrator

Arbitrators shall have active legal capacity. The parties may agree on qualification requirements, but the law (nor the rules of the ECCI Arbitration Court) does not prescribe any other prerequisites. However, in accordance with the Courts Act, judges are not allowed to act as arbitrators elected by parties. In practice, they are often acting as chairmen (especially in the ECCI Arbitration Court proceedings).

Art. 726(2) of the CCP stipulates that a candidate for arbitrator must immediately disclose any circumstances which may create a doubt in his or her impartiality or independence or which may constitute the basis for his or her removal due to another reason. Unless an arbitrator has disclosed such circumstances to the parties earlier, he or she has the obligation to immediately inform the parties of such circumstances during the period between his or her appointment and the end of the arbitration proceeding.

Pursuant to art. 726(1) of the CCP an arbitrator may be removed if circumstances exist which create a reasonable doubt in his or her impartiality, independence or competence or if the conditions agreed upon by the parties are not fulfilled with respect to the arbitrator. A party may request the removal of the arbitrator appointed thereby if the grounds for removal of the arbitrator became known to the party only after the appointment of the arbitrator.

The parties may agree on the procedure for removal of arbitrators. If the parties have not agreed on a procedure for removal, a party may submit a petition for removal to the arbitral tribunal within 15 days after the date of formation of the arbitral tribunal or the date of becoming aware of the respective circumstance. If an arbitrator refuses to resign or if the other party does not agree to the removal, the arbitral tribunal shall decide on the removal without the participation of the arbitrator to be removed. If the issue of removal cannot be decided pursuant to above-described procedure, a party may submit a petition for removal to the court within 30 days after the date on which the party became aware of the dismissal of the petition for removal. The arbitral tribunal may suspend its proceedings until the time the court adjudicates the petition for removal.

To this date there is no noteworthy court practice on the removal of arbitrators.

C. The arbitral procedure

1. Commencement of arbitral proceedings, submission of statements and the conduct of hearings

In general, one could say that arbitral proceedings under the CCP are to be conducted like arbitral proceedings under the Model Law. However, there are some noteworthy aspects, which are brought out below (in this section and below).

Pursuant to art. 735 of the CCP, unless the parties have agreed otherwise, arbitral proceedings commence and the statement of claim[12] is deemed to have been submitted when the respondent receives[13] the statement of claim. It is noteworthy that the CCP and the Rules of the ECCI Arbitration Court do not differentiate between the statement of claim and the request for arbitration.

Unless otherwise agreed between the parties, the claimant may amend and supplement its statement of claim in further proceedings. The arbitral tribunal shall not accept amendments if the acceptance would unreasonably delay the proceedings.

The tribunal organises the proceedings orally or in writing, except if otherwise agreed. Unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the tribunal shall hold hearings at an appropriate stage of proceedings, if so requested by a party. The parties shall be given immediate notice of any hearing and meeting for inspection of evidence.

2. Taking of evidence

The CCP provides few evidentiary rules and the parties may agree on such rules. The CCP only stipulates that if a party has filed a document, then the tribunal shall immediately inform the other party thereof and send a copy. The tribunal shall also inform the parties of expert opinions and other documents that it might rely on, and send a copy.

---

[12] Pursuant to art. 736 of the CCP, the statement of claim and the statement of defence shall include: (a) the name of the arbitration court or the arbitrator; (b) data of the claimant and respondent; (c) claimant's claim; (d) circumstances on which the claim is based and evidence proving the respective circumstances that the claimant submits or plans to submit; (e) list of appended documents.

[13] Unlike art. 3 of the Model Law, the CCP only provides a rule for receipt of written communications for cases that the place of residence, business or activities of a party or a person authorised to receive the communication is not known. Thus, in the CCP there is no corresponding provision to the first part of art. 3(1)a of the Model Law.

As under the Model Law, the tribunal may appoint one or more experts to give opinions on questions presented by the arbitral tribunal. However, under the CCP (unlike the Model Law), such experts may be challenged by the same procedure as arbitrators.

If the tribunal lacks jurisdiction to take evidence or carry out other court procedures, the tribunal, or on the tribunal's consent, a party may request court assistance. The court shall take evidence following its regular procedural rules. Pursuant to the CCP, the arbitrator or the tribunal may participate in the respective court proceedings for taking evidence and also ask questions. The court shall take minutes of the proceeding and send the minutes to the tribunal and the parties without delay. The tribunal may suspend arbitral proceedings until the respective court procedures have been conducted.

Pursuant to art. 733 of the CCP, regulating the place of arbitration, the tribunal may, with the consent of the parties, allow one of its members to hear witnesses or experts alone. Pursuant to the *travaux préparatoires*, such possibility is provided for the purposes of minimising costs in hearing witnesses in a country other than the place of arbitration.

D. Provisional measures

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: (State courts and/or arbitral tribunals?) — or Concurrent Jurisdiction of State courts and arbitral tribunals.—

Art. 731 of the CCP stipulates that, unless otherwise agreed, and upon a party's application, the arbitral tribunal may apply interim measures that do not restrict personal freedom.

In accordance with art. 13 of the Rules of the ECCI Arbitration Court the Board of the Arbitration Court may, until the appointment of the arbitral tribunal, forward to a court an application for securing the claim. The Board of the Arbitration Court shall assess the application and may submit the party's application to a court along with the decision of the Board of the Arbitration Court to which copies of the statement of claim and evidence is attached. Further, the Rules of the ECCI Arbitration Court set forth that the arbitral tribunal may, on the basis of a party's application, decide to secure the claim. The decision shall be delivered to the party who filed the application.

Pursuant to art. 382 of the CCP, a party may also request the application of interim measures prior to submitting the claim to the arbitration institute. In that

case the claim itself shall be submitted within the time period ordered by the court, but maximum within one month.

It is up to the party to decide whether to request the interim measure from the court or from the Board of ECCI Arbitration Court or tribunal (however, see section 61 below). However, with respect to the timing of the submission of the claim and the request to apply interim measures through the ECCI Arbitration Court, it should be kept in mind that the Board of the Arbitration Court does not meet daily and thus the passing of the request to apply interim measure to court might be delayed. Therefore, if, pursuant to the CCP (art. 384(1)) the court shall in most cases resolve the request within the next working day as of the submission of the request, the process might take considerably longer if submitted through the ECCI Arbitration Court.

It is clear that a party's request to a court for interim relief does not affect the tribunal's jurisdiction.

In practice, it is not fully clear whether a party can request interim measures directly from court also after the claim has been submitted to institutional arbitration. It could be argued that a party should be able to submit the request to apply interim measures directly to court, notwithstanding whether the arbitration is institutional or *ad-hoc*. However, in practice the courts have (sometimes) refused to resolve the requests in case of institutional arbitration if the request has not been passed to the court through the arbitral institution (*i.e.*, in practice through the Board of the ECCI Arbitration Court). Therefore, the respective practice is not clear and remains to be specified.

The only Supreme Court decision concerning interim measures in arbitration is from the pre-new CCP era and confirms that a court has competence to apply interim measures at the request of the board of the ECCI Arbitration Court.[14] There are no noteworthy lower court decisions on interim measures. However, it could be confirmed that lower courts do secure claims submitted in arbitration.

---

[14] See decision n.° 3-2-1-43-05 of the Estonian Supreme Court, dated 26 April 2005. Pursuant to art. 41 of AECCI, unless otherwise agreed by the parties, the ECCI Court of Arbitration could, at the request of a party, apply the following interim measures to secure the action: (a) the entry of a transfer prohibition note, or the establishment of a judicial mortgage on the real property belonging to the respondent in the land register or the arrestment of movable property or money held by the respondent or other persons, taking account of the claim value; (b) prevention of the respondent from conducting certain transactions and acts. It is noteworthy that any award of the ECCI Court of Arbitration specifying measures to secure action was to be enforced in the same manner as a final award of the ECCI Court of Arbitration on the settlement of a dispute.

2. Conditions for ordering provisional measures

The provisions on arbitration in CCP do not regulate on which conditions interim measures may be applied.

Art. 377 of the CCP stipulates that the court may secure an action at the request of the plaintiff if there is reason to believe that failure to secure the action may render compliance with the judgment difficult or impossible. If compliance with a court judgment will evidently take place outside of the European Union, and compliance with the court judgment is not guaranteed on the basis of an international agreement, it shall be presumed that failure to secure the action may render compliance with the judgment difficult or impossible. The court may, by way of securing an action, provisionally regulate a disputed legal relationship and, above all, the intended purpose of a thing, if this is necessary for the prevention of significant damage or arbitrary action or for another reason.

Art. 731(1) stipulates that, upon ordering interim measures, the tribunal may demand from both parties the provision of reasonable security for applying an interim measure. The extent of such security is not regulated, but it is likely that the tribunal might use the regulation for regular courts by analogy. If the interim measure turns out to be unjustified, the party that requested it shall compensate the damages to the other party. The Rules of the ECCI Arbitration Court provide that the arbitral tribunal may request that the party who applied for the securing of the claim grant a reasonable security in connection with the securing of the claim, which shall be paid to the bank account of ECCI.

When a party submits the request to apply interim measures from the court (the county court of the seat of arbitration), then the court would resolve the request like it would resolve any such request submitted in civil-court proceedings. This would also mean that the court would, highly likely, request the payment of security from the claimant. Art. 383 of the CCP stipulates that a court may secure a monetary claim only if the petitioner has provided security for the interim measure. The amount of the security shall be at least 5% of the claim, but not less than 32 euros and not more than 32,000 euros. The court may decide not to request the payment of security or order its payment in instalments if it cannot reasonably be expected from the claimant to pay security for economic or other reasons, and the payment of security might bring along difficult consequences to the claimant or the ordering of security would be otherwise unfair to the claimant. The law does not specify whether the security is ordered by the court only in case the court has decided to apply the requested interim measure, or whether the court may order it before deciding on the

application of the interim measure. The court practice has varied to this date, but it has been argued that the former interpretation should prevail.

3. Types of provisional measures

By law there is no limited list of the interim measures that could be requested from the tribunal or court. However, as stated above, the tribunal cannot apply interim measures that restrict personal freedom.

Section 13 of the ECCI Rules sets forth that the following measures for securing the claim may be applied in the arbitration proceedings (the list essentially copies the list in art. 378 of CCP stipulating the provisional measures that could be applied by court):[15]

a) the establishment of a judicial mortgage on an immovable, ship or aircraft belonging to the defendant;

b) the seizure of the defendant's property which is in the possession of the defendant or another person, including making a notation in a property register concerning a prohibition on disposal of the property;

c) a prohibition on the defendant from entering into certain transactions or performing certain acts;

d) a prohibition on other persons from transferring property to the defendant or performing other obligations with regard to the defendant, which may include an obligation to transfer property to a bailiff or to pay money in a bank account prescribed by the court;

e) imposition of an obligation on the defendant to deposit an item with the bailiff;

f) the suspension of execution procedure, permitting the continuation of execution procedure only against a security, or cancelling of an enforcement action if the execution document has been contested by filing of the claim, or if a third party has filed a claim for the release of property from seizure or for declaration of inadmissibility of compulsory execution due to another reason;

g) imposition of an obligation on the defendant and above all, an insurer, to make payments to the extent of the minimum amounts likely to become payable in

[15] In addition to ECCI Arbitration Court, the regular court could also issue a restraining order, prohibit the defendant from departing from his or her residence, take the defendant into custody and impose detention on the defendant.

the course of a proceeding conducted in a matter of illegal causing of damage or of an insurance contract;

h) imposition of an obligation on the defendant to terminate the application of a standard term or that the person recommending application of the term terminate or withdraw the recommendation of the term in case of a claim for termination of application of an unfair standard term or for termination and withdrawal by the person recommending application of the term of recommendation of the term;

i) another measure considered necessary by the Arbitration Court.

4. Challenge and appeal against provisional measures

According to art. 390 of the CCP, a party may file an appeal against a ruling by which a county court or circuit court satisfies an application for securing an action, substitutes one measure for the securing of an action with another, or cancels the measures to secure an action. A ruling of a circuit court concerning an appeal against a ruling of a county court is not subject to appeal to the Supreme Court. Thus, a ruling by which an interim measure was not applied cannot be appealed.

Filing of an appeal against a ruling does not suspend the execution of a ruling on securing an action. The filing of an appeal against a ruling on the cancellation of the securing of an action or the substitution of one measure for the securing of an action with another suspends the execution of the ruling.

5. Enforcement of provisional measures

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in (country)

The tribunal's decision to apply interim measures (as distinguished from the decision of the Board of the ECCI Arbitration Court to pass on the request to court) shall be enforced upon a court's ruling made upon a party's petition to the respective county court of the seat of arbitration. The court allows the interim measure only if the same measure has not been already requested from the court. For applying the interim measure, the court may rephrase the tribunal's decision. Upon application of a party, the court may amend or annul its ruling.

The court's order to apply interim measures (if a party has turned directly to court or through the Board of the ECCI Arbitration Court) is enforced like a court's order to apply interim measures in litigation.

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

There is no specific regulation on enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals, which have not been confirmed by courts. However, it could be argued that art. 731(2) could also be applied to enforcement of respective orders of foreign tribunals (no practice clearly confirming this, however).

b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

The enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts depends on the particular state. As an EU Member State, Estonian enforces the court orders of other EU Member States in accordance with the Regulation n.º 44/2001. Additionally, Estonia is a member of the Lugano Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.

E. Law governing the merits of the case

The general rule is that the tribunal shall apply to the merits the law designated by the parties. An arbitral tribunal shall take account of the terms and conditions of contracts and of customary practices regarding contracts in so far as this is possible under the legislation which is applied.

If the parties have not agreed on the law applicable to the substance of the dispute, the CCP sets forth a rather unusual solution. Art. 742(2) of the CCP states that if the parties have not agreed on the applicable law and the applicable law does not stem from law, then the arbitral tribunal shall apply Estonian substantive law to the dispute. The practical consequences of such a solution in the framework of international arbitration (and the practical need for its application) remain to be seen.[16] There is currently no available case-law on the issue.

An arbitral tribunal may resolve a dispute based on the principle of justice if the parties have expressly agreed on it. An agreement can be made until the time the ar-

[16] Although different from the Model Law, this solution is not new to arbitration in Estonia, as the AECCI provided for the same regulation. Nevertheless, it could be concluded that such solution is out-dated, *e.g.*, Prof. Heuman, who has noted that «[international arbitration law tends not to ascribe decisive importance to the law of the place of arbitration even when the place has been determined through an agreement», see L. Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, 2003, p. 686.

bitral court makes its decision. However, in resolving a dispute based on the principle of justice, an arbitral tribunal shall not deviate from the imperative provisions of the law of the state which would be applied in case the dispute would be resolved without the agreement on application of the principle of justice.

F. The award, settlement and other grounds for terminating arbitral proceedings

Pursuant to art. 745 of the CCP, awards shall be in writing and signed by arbitrator(s). The signatures of the majority suffice, if the reason for omitted signature is stated. The dissenting opinion signed by the dissenting arbitrator, if any, is presented after the signatures. The award shall state its date and the place of arbitration. Awards shall be reasoned, except if the parties have agreed otherwise or if the award is based on a settlement.

The grounds for the termination of arbitral proceedings in the CCP (art. 747) are almost the same as those under the Model Law. With respect to terminating the proceedings because the continuation has become unnecessary or impossible (as stipulated in art. 32(2)c of the Model Law), the CCP specifies further that such reasons could be the termination of the arbitration agreement or equal division of arbitrators' votes. An additional ground for terminating arbitral proceedings is non-participation by the parties in the proceedings. The CCP stipulates that if the arbitral proceedings have been terminated due to withdrawal of claim, parties' agreement of the termination or non-participation of the parties in the proceedings, the terminated proceedings cannot be commenced anew.

Art. 748 of the CCP regulates cases of a party's death, which does not terminate arbitral proceedings unless otherwise agreed by the parties. The tribunal shall, however, suspend the proceedings for the time period specified by it. The deadline may be extended upon an application of the deceased party's legal successor.

Similarly to the Model Law, the parties may request that their settlement of the dispute be recorded in the form of an arbitral award on agreed terms. In such a case, the tribunal shall formulate the settlement in the agreed wording as an award, provided that the content of the settlement is not in violation of *ordre public* or good morals. However, unlike the Model Law, the CCP stipulates that such award shall also be signed by the parties (art. 774(1)). It shall have the same legal effect as a regular arbitral award. Further, if an expression of will of a party is valid only in a notarised form, then the notarisation is deemed to have been replaced by the award using the agreed wording, provided that the award is made by an arbitral institution permanently acting in Estonia.

Unlike the Model Law, the CCP provides that unless otherwise agreed by the parties, the tribunal shall decide the **division of costs** between the parties in the award (both the costs of the arbitral proceedings and necessary costs in connection with participating in the proceedings). If the division of costs has not been determined in the award, or if it cannot be ascertained until after the termination of the proceedings, it shall be decided in a separate award.[17]

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award

a. Grounds for challenging awards

The grounds for setting aside an arbitral award (art. 751 of the CCP)[18] are essentially the same as the grounds contained in art. 34 of the Model Law, with two differences.

Firstly, under art. 34(2) a (iv) of the Model Law an arbitral award may be set aside if the composition of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings were not

---

[17] Considering the general rule that the mandate of the tribunal terminates with the termination of the proceedings, the question may arise if the arbitrators still have authority to deliver an additional award after the termination of proceedings. The CCP has solved this problem by stipulating that the termination of the mandate in the above case does not exclude or limit the right and obligation of arbitrators to fulfil obligations provided by law. An example of such obligation is delivering an additional award on costs.

[18] A court shall annul an award made in Estonia upon a party's application if the party proves that: (i) the legal capacity of a party to the arbitration agreement was limited; (ii) the arbitration agreement is invalid under Estonian law or other applicable law; (iii) a party was not given proper notice of the appointment of arbitrators or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present its case; (iv) the award deals with a dispute not contemplated by the arbitration agreement or exceeding its scope; or (v) the composition of the tribunal or the procedure was not in accordance with the CCP or the parties' agreement, which has presumably significantly influenced the outcome. The court shall annul the award made in Estonia upon a party's application or on its own initiative if it ascertains that: (i) the subject-matter of the dispute was non-arbitrable under Estonian law; or (ii) the award conflicts with public policy or the good morals of Estonia. If the annulment is requested because the dispute was outside the scope of the arbitration agreement and the award deals with several claims, some within the scope, the award shall be annulled only regarding the claims outside the scope. Upon a party's application, a court may, if reasonable, annul the award and send the case back to the tribunal. The annulment of the award does not presumably bring along the invalidity of the arbitration agreement.

in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of the Model Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with the Model Law. Under the CCP, however, such circumstance is a ground for annulment only if it could be presumed that it has materially affected the arbitral award.

Secondly, in addition to public policy as a ground for which a court may set aside the award (also on its own initiative), the CCP also provides for setting aside based on a violation of good morals (although it is difficult if not impossible to distinguish between the two concepts).

b. Proceedings

The CCP sets forth a shorter time period than the Model Law for submitting applications for setting aside an award. It provides that an application for setting an award aside may be submitted to the court within 30 days as of receiving the arbitral award[19] (compared to three months under the Model Law).

The respective court is the district (appeal) court that the parties have agreed on, or if there is no such agreement, the district court in whose work area is the seat of arbitration. An application for setting an award aside cannot be submitted after the court[20] has recognised the award or declared it enforceable.

The CCP, like the German law but unlike the Model Law, does not contain a provision allowing the court to suspend setting-aside proceedings in order to allow the tribunal to resume the proceedings or take other actions that would eliminate the grounds for setting aside the award.[21]

Unlike the Model Law, which sets forth that an arbitral award *may be set aside* by the court, the CCP stipulates that, if there exists a ground for annulment, a court *sets aside* an arbitral award issued in Estonia. Thus, the CCP does not leave it to the court's discretion, but obliges it to set the award aside if one of the grounds stipulated is established.

---

19 If the award is corrected, supplemented or explained further after the receipt, then the application may be submitted, respectively, within 30 days as of receipt of the corrected award.

20 It could be assumed that «the court» is to mean Estonian court. However, the respective practice remains to be seen.

21 See art. 34(4) of the Model Law.

2. Revision of the award

a. Grounds for revision

Art. 750 of the CCP stipulates that, based on the request of a party, an arbitral tribunal may: (a) correct typing and calculation errors and other such mistakes in a decision of the arbitral tribunal; (b) clarify a decision to the extent requested; or (c) make a supplementary judgment concerning a claim which was submitted in the course of the arbitration proceeding, but was not resolved by the decision.

b. Proceedings

The time period for requesting the award to be revised or supplemented is **30 days** after the date of receipt of the award, unless the parties have agreed on a different term. The tribunal shall send a request to the other party for information. The tribunal shall then make an initial decision (award) on the correction or clarification of the award within 30 days after the receipt of the corresponding request, and in the case supplementation was requested, within 60 days after the receipt of the corresponding request.

Errors in the award may be corrected by the tribunal without a request of a party.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Under Estonian law the process of recognition of foreign and domestic arbitral awards differs depending on whether the award is domestic or foreign.

Pursuant to art. 753 of the CCP, an arbitral award made in Estonia is recognised in Estonia only if a court has recognised the award and declared it enforceable. It is noteworthy that awards of permanent arbitral institutions are recognised and enforced without recognition and declaration by court.[22]

[22] The practical effect of this clause has not yet caused any confusion as to this date, this provision would mainly apply to the ECCI Arbitration Court. However, considering that there are no prerequisites for establishing a permanent institutional arbitration court, it remains to be seen whether the awards of all such possible institutions would be recognised automatically. Pursuant to the information available, by now also the awards of some other institutional arbitration courts have been automatically enforced.

The court shall not declare an award enforceable but shall annul it, if a ground for annulment exists, except if the award can, under such ground, be annulled only upon a party's application, but the party has not requested it within 30 days from receiving the award.

Foreign arbitral awards are recognised and enforced in Estonia only in accordance with the NYC (see *e.g.* Supreme Court case n.° 3-2-1-10-10, dated 15 November 2010. With respect to the procedure in court, then the CCP specifies that, if not stipulated otherwise in law or foreign treaty, the provisions of the CCP regulating recognition and enforcement of foreign judgments apply.

If a foreign arbitral award that has been declared enforceable is annulled abroad, the obligated person may apply for the annulment of the court judgment declaring the award enforceable.

The principle stemming from the NYC that «the courts of the Republic of Estonia do not review the material correctness of an arbitral award nor substantially resolve the case resolved in arbitration» has been confirmed by the Estonian Supreme Court, for example, in case n.° 3-2-1-118-03, dated 1 December 2003 (section 10).

The parties shall file the respective application for recognition and enforcement (together with the award or a certified copy thereof and the arbitration agreement) to the county court specified in the arbitration agreement or, in the absence of it, to the county court of the place of arbitration. If the place of an arbitration proceeding is not in Estonia, the application shall be filed to Harju County Court.

The court practice regarding the cost allocation for the proceedings of declaring the award enforceable has varied to this date. The general principle in cases on petition (like request to declare an award enforceable) is that the costs are borne by the person in whose interests the proceedings are conducted. Thus, some courts have left the costs to be borne by the petitioner/creditor.[23] On the other hand, the courts have also ruled that: «[i]f several persons participate in a proceeding on petition, the court may decide that all or a part of the procedural expenses shall be borne by a participant in the proceeding if this is fair considering the circumstances. The submission of the petition is caused by the fact that the person concerned has not fulfilled the award voluntarily and, therefore, the court considers it fair that the costs would be borne by the person concerned, as the petitioner has requested».[24] In principle, the latter interpretation should prevail, but the practice remains to be seen.

---

[23] *E.g.*, in the first instance case n.° 2-08-86927, dated 10 March 2009.

[24] *E.g.*, in the first instance case n.° 2-06-10834, dated 3 August 2006.

V. Conclusion

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism has considerably gained popularity within the last 15 years. The trend seems to continue, even though it is often assessed on a case-by-case basis and depending on how high are the State fees for turning to regular courts (the latter regulation has changed considerably during the last years). However, the Estonian arbitration practice has room for development.

Finlandia

Adriana Casandra Aravena-Jokelainen

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Finlandia.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— A. Fuentes de Derecho Interno.— B. Fuentes de Derecho internacional.— C. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Finlandia.— III. La elección de Finlandia como sede.— A. El convenio arbitral.— 1. Validez del convenio arbitral.— 1.1. Validez formal.— 1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 4. *Kompetenz-Kompetenz.*— B. El tribunal arbitral.— 1. Composición del tribunal arbitral.— 2. Constitución del tribunal arbitral.— 3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 4. Recusación de un árbitro.— 5. Remoción de un árbitro.— 6. Honorarios de los árbitros.— 7. Responsabilidad de los árbitros.— C. El procedimiento arbitral.— 1. Ley aplicable al procedimiento arbitral.— 2. Igualdad de partes y derecho de ser oído.— 3. Idioma.— 4. Iniciación de las actuaciones arbitrales.— 5. Las actuaciones arbitrales.— 6. Pruebas.— D. Medidas cautelares.— 1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares.— 2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares.— 3. Procedimiento.— 4. Tipo de medidas cautelares.— 5. Recurso contra medidas cautelares.— 6. Ejecución en Finlandia de medidas cautelares.— 6.1. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Finlandia.— 6.2. Ejecución de medidas cautelares ordenadas en el extranjero.— a. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros.— b. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales estatales extranjeros.— E. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 1. Elección del derecho aplicable por las partes.— 2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes.— 3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— F. El laudo definitivo.— G. Los recursos contra el laudo definitivo.— 1. Recurso de apelación respecto del monto de los honorarios de los árbitros.— 2. Recurso de anulación.— 2.1. Motivos del recurso de anulación.— 2.2. Procedimiento.— 3. Recurso de revisión.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Finlandia

Finlandia cuenta con una larga tradición en someter las disputas a arbitraje. Es así como pueden encontrarse testimonios del arbitraje en Finlandia en el siglo XIII, en tiempos en que formaba parte de Suecia. Más recientemente en la historia, en el siglo XVII, la importancia de solucionar las disputas mediante arbitraje fue creciendo junto con el desarrollo del comercio. Disposiciones sobre arbitraje pueden encontrarse en la Ley Marítima de 1667 (vigente hasta 1873), los Decretos de Ejecución de 1669 (vigentes hasta 1734), el Código de 1734 (disposiciones de arbitraje vigentes hasta 1895) y en la Ley de Ejecución de 1895.

La primera Ley de Arbitraje de Finlandia data de 1928 (n.º 46/1928), modificándose simultáneamente las disposiciones correspondientes de la Ley de Ejecución para armonizarlas con las de la nueva ley.

La actual Ley de Arbitraje de Finlandia fue aprobada y entró en vigor en 1992, derogando la Ley de Arbitraje de 1928 y dando lugar a una nueva modificación de las disposiciones respectivas de la Ley de Ejecución.

En la Finlandia actual, un gran número de disputas, tanto domésticas como internacionales, son resueltas mediante el uso del arbitraje. Es frecuente la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos. Aunque se estima que los casos de arbitrajes *ad-hoc* son numerosos, el uso del arbitraje institucional está muy extendido.

El instituto de arbitraje más importante de Finlandia es el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (en adelante aquí denominada como «Instituto de Arbitraje»). El Instituto de Arbitraje fue fundado en 1911, habiendo celebrado recientemente sus 100 años de existencia. El Instituto de Arbitraje promueve como órgano imparcial la resolución de disputas mediante arbitraje. Sus servicios incluyen el nombramiento de árbitros y la administración de arbitrajes domésticos e internacionales conducidos bajo sus Reglamentos, la actuación como autoridad nominadora en arbitrajes *ad-hoc* —también en conformidad al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI—, y el nombramiento de conciliadores, cuando así lo hubieran acordado las partes. Aproximadamente, un tercio de los casos recibidos por el Instituto de Arbitraje son de carácter internacional. El Instituto de Arbitraje dispone de un Reglamento de Arbitraje para arbitrajes, cuya duración es de un año, y de un Reglamento de Arbitraje Acelerado para arbitrajes acelerados, cuya duración es

de tres meses. Actualmente, estos reglamentos están siendo revisados para responder a las actuales demandas del arbitraje doméstico e internacional.[1]

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

A. Fuentes de Derecho Interno

El arbitraje en Finlandia está regido por una ley específica, que es la Ley de Arbitraje de 1992 (n.° 967/1992) (la «*FAA*»). El Código de Procedimiento Judicial no es aplicable al arbitraje, salvo en la forma que más abajo se indica.

La *FAA* es en gran parte compatible con las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, si bien la Ley Modelo como tal no ha sido implementada en la legislación finlandesa.

La *FAA* se aplica, tanto al arbitraje doméstico como al internacional.

La *FAA* se encuentra dividida en dos partes. La primera contiene disposiciones aplicables a procedimientos arbitrales cuando el arbitraje tiene su sede en Finlandia, independientemente de que se trate de una disputa doméstica o internacional (Secciones 2-50). La segunda se refiere a los efectos en Finlandia de un convenio arbitral, disponiendo que el arbitraje tenga lugar fuera de Finlandia y también al reconocimiento y ejecución en Finlandia de laudos arbitrales dictados en el extranjero (Secciones 51-55).[2]

Por su parte, el nuevo Código de Ejecución (n.° 705/2007), que entró en vigor en el 2008, contiene algunas disposiciones concernientes a la ejecución de laudos arbitrales en sus Secciones 2:2 y 19.

Finalmente, en la Sección 7:6 del Código de Procedimiento Judicial (n.° 4/1734) se encuentran contenidas ciertas normas que regulan la relación entre el arbitraje y las medidas cautelares ordenadas por las cortes estatales. La *FAA* hace también referencia al Código de Procedimiento Judicial en cuanto a la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas y a la compensación de las costas legales.

---

[1] Para mayor información sobre el Instituto de Arbitraje, sus reglamentos, cláusulas de arbitraje recomendadas, servicios ofrecidos y estadísticas, puede visitar la página web www.arbitration.fi, la cual se encuentra disponible en diferentes idiomas, inclusive el español.

[2] La *FAA* está disponible en finés, sueco e inglés (traducción no oficial) en la página web de Finlex (http://www.finlex.fi/en/).

B. Fuentes de Derecho Internacional

Finlandia suscribió la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras («Convención de Nueva York») el 29 de diciembre de 1958 y depositó su instrumento de ratificación el 19 de enero de 1962. La convención entró en vigor en Finlandia el 19 de abril de 1962.

C. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Finlandia

Finlandia es un país miembro de la Unión Europea desde 1995.

El tribunal arbitral deberá aplicar normas de Derecho Comunitario en los casos en que éstas sean aplicables.

III. La elección de Finlandia como sede

A. El convenio arbitral

Las Secciones 2 a 6 de la *FAA* contienen disposiciones relativas al convenio arbitral.

1. Validez del convenio arbitral

1.1. Validez formal

De conformidad a la Sección 2 de la *FAA*, el convenio arbitral puede referirse a una disputa existente o a disputas futuras que surjan de una determinada relación jurídica especificada en el acuerdo. Por tanto, el convenio arbitral sería inválido, si solamente se refiriera a «cualquier disputa que surja entre las partes» sin referirse a una relación jurídica determinada.

Conforme a la Sección 3 de la *FAA*, el convenio arbitral debe constar por escrito. La disposición señala que lo está, si el convenio está contenido en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telefax u otros documentos similares entre las partes, o si el convenio arbitral está incorporado por referencia en un contrato escrito. En consecuencia, el convenio arbitral está por escrito, si está contenido en otros medios de telecomunicación, que proporcionen un registro del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación durante un procedimiento arbitral, en que una parte alegue la existencia del acuerdo y la otra parte no la niegue. La Sección 4 de la *FAA* señala que las cláusulas arbitrales en testamentos, escrituras de donación, guías de embarques o documentos similares,

en los estatutos de una asociación, fundación, sociedad de responsabilidad limitada o de otra compañía o entidad corporativa y por la cual las partes o la persona contra quien se hace la demanda están vinculadas, debe tener el mismo efecto que los convenios arbitrales.

No hay restricciones especiales para celebrar un convenio arbitral, salvo la de tener la capacidad para celebrar un contrato con respecto al objeto del convenio arbitral. La capacidad de los extranjeros se rige por la ley aplicable a ellos. El Estado y agencias estatales pueden también referir disputas a arbitraje con nacionales o extranjeros bajo las mismas condiciones aplicables a las partes privadas.[3]

De acuerdo a la Sección 5 de la *FAA*, un convenio arbitral válido constituye una barrera a los procedimientos judiciales, siempre y cuando una parte haya invocado el convenio arbitral, a más tardar, en el momento de presentar su primer escrito sobre el fondo de la disputa. Si el demandado no hace esto, sino que contesta una demanda presentada en una corte, se considerará que ha renunciado a su derecho a remitir el caso a arbitraje y el caso será visto por una corte ordinaria de justicia. Ello, pues la corte estatal no está facultada para declinar jurisdicción de oficio basada en la existencia del convenio arbitral.

Conforme a la misma disposición, un acuerdo arbitral válido no constituye un impedimento para solicitar medidas cautelares, incluso protectoras, de una corte.

La Sección 6 de la *FAA* dispone que una parte puede presentar una demanda en la corte, a pesar de la existencia del convenio arbitral, si la parte contraria se niega a referir el caso a arbitraje, no ha cumplido con su obligación de nombrar un árbitro, o no ha pagado el adelanto o garantía para la compensación de los árbitros.

1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad

Según la Sección 2 de la *FAA,* toda disputa regida por el derecho privado, susceptible de ser resuelta a través del acuerdo entre las partes, puede ser referida a una decisión final por uno o más árbitros.

A este respecto, la jurisprudencia proporciona varias decisiones, que permiten ilustrar la norma.[4]

---

[3] Möller, Gustaf. *Law and Practice of Arbitration in Finland*, 2004, p. 11.

[4] Para una exposición más detallada de los ejemplos citados a continuación, *vid*. Peltonen, Jukka. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 2011: 4-5, pp. 561-581.

Los árbitros sólo tienen competencia para conocer de disputas del ámbito del derecho privado, y no lo sería, si la obligación pertinente estuviera basada en una relación jurídica regida por disposiciones de derecho público (Sentencia de la Corte Suprema 1986 II 162).

Además, siendo una obligación del ámbito del derecho privado, la disputa debe ser susceptible de ser resuelta mediante el acuerdo de las partes. Así, la Corte Suprema ha resuelto que la solicitud de un accionista que pretenda que una compañía de responsabilidad limitada sea puesta en liquidación, podría ser resuelta por acuerdo entre las partes. Como la disputa estaba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral incluida en los estatutos de la compañía, la Corte Suprema rechazó la acción sin pronunciarse sobre el fondo (Sentencia de la Corte Suprema KKO 2003:45).

Los árbitros pueden aplicar normas imperativas y decidir demandas basadas en tales normas, si las demandas son de naturaleza privada y las partes pueden resolverlas mediante acuerdo entre ellas. Así, los árbitros pueden, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, decidir, por ejemplo, demandas de carácter privado fundadas en la violación de obligaciones derivadas de normas imperativas del derecho de la competencia. A este respecto, la Corte de Mercado, con jurisdicción sobre los casos de derecho de la competencia, puede prohibir la ejecución de un laudo arbitral en tanto contravenga ciertas disposiciones de la Ley sobre Restricciones de la Competencia (n.° 480/1992). Y en caso de que la Corte de Mercado haya emitido una decisión sobre una cuestión que es de naturaleza preliminar en la disputa sometida a arbitraje, los árbitros están obligados a cumplir con la decisión de la Corte de Mercado.

La invalidez puede fundarse, a su vez, en disposiciones legales expresas de la Ley de Protección al Consumidor (n.° 38/1978) y de la Ley de Transacción de Viviendas (n.° 843/1994), las que prescriben que los convenios arbitrales celebrados entre un empresario y un consumidor, antes de que se haya originado la disputa, no son vinculantes para el consumidor.

También hay causas de invalidez contenidas en el Capítulo 3 de la Ley de Contratos (n.° 228/1929). El convenio arbitral puede ser anulado o desestimado por irrazonabilidad de conformidad con la Sección 36 de la Ley de Contratos. Es el caso, por ejemplo, en que una parte más débil no pudiera hacer valer sus derechos frente a una parte más fuerte, al estar totalmente insolvente y no poder pagar un adelanto o una garantía para la compensación de los honorarios y gastos de los árbitros u otras circunstancias (Sentencia de la Corte Suprema KKO 2003:60).

2. Separabilidad del convenio arbitral

La doctrina de la separabilidad es más o menos unánimemente aceptada por la doctrina y jurisprudencia finlandesas. En consecuencia, el convenio arbitral constituye un acuerdo independiente, y, por ello, la invalidez del contrato principal en el cual está contenida la cláusula arbitral, no impide que los árbitros puedan decidir sobre la validez del convenio arbitral.

3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

Conforme lo indican Mika Savola y Petra Kiurunen, hay varias situaciones en que terceras partes pueden verse vinculadas por un convenio arbitral.[5] «En la sucesión universal, el sucesor está siempre vinculado, y, en sucesiones singulares, el asignado está, en la mayoría de los casos, vinculado por el convenio arbitral celebrado entre las partes originales del contrato principal. En caso de insolvencia, la regla principal es que si el deudor ha celebrado un convenio arbitral antes de la quiebra, el convenio vincula, tanto al administrador como a la otra parte del procedimiento. Sin embargo, si la demanda de un acreedor en el procedimiento de quiebra es disputada por otro acreedor que no está vinculado por el convenio arbitral, la opinión dominante es que la demanda debe ser referida a una corte estatal».

La Corte Suprema de Justicia, en sus sentencias KKO 2007:18 y KKO 2007:39, concluyó que los demandantes, que habían fundado sus demandas en supuestos derechos contractuales bajo contratos de los que no eran partes, estaban también vinculados por las cláusulas arbitrales contenidas en dichos contratos.

4. *Kompetenz-Kompetenz*

La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* es reconocida y aplicada en Finlandia.

Gustaf Möller señala al respecto:[6] «Si una parte disputa la competencia del tribunal arbitral cuando la otra parte solicita la iniciación del arbitraje o durante el procedimiento de arbitraje, corresponde al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia (doctrina de *compétence de la compétence*). Esto no impide que una parte solicite a una corte que se pronuncie sobre el asunto».

Más adelante prosigue: «El tribunal arbitral tiene derecho a continuar el procedimiento arbitral e incluso dictar un laudo definitivo, aunque esté pendiente la de-

---

5 Savola, Mika y Petra Kiurunen. *Getting the Deal Through: Arbitration*, 2008, p. 86.

6 Möller, Gustaf. *Op. cit.*, pp. 16-17.

terminación sobre la competencia del tribunal arbitral por la corte. Esto puede conducir a un laudo que sea anulado más tarde. Corresponde al tribunal decidir, si ellos quieren continuar las actuaciones arbitrales y dictar el laudo, a pesar de este riesgo».

Gustaf Möller indica que lo más probable es que el tribunal continuará el procedimiento arbitral en situaciones en que su competencia haya sido cuestionada como una táctica dilatoria, o cuando el tribunal arbitral concluya que es obvio que la acción de la parte impugnante no prosperará en la corte.

Ahora bien, indica el autor que, si los árbitros han dado término a las actuaciones basados en su conclusión de que carecen de competencia, su decisión de rechazo de la competencia no es vinculante. Sin embargo, si deciden que no continuarán con el caso, no podrán volver a actuar como árbitros en él. Si la corte estatal luego decidiera que había un convenio arbitral válido, sería necesario iniciar arbitraje frente a un nuevo tribunal arbitral, a menos que el primer tribunal arbitral, que rechazó el caso, aceptara continuar.

B. El tribunal arbitral

Las Secciones 7 a 20 de la *FAA* se refieren a los árbitros.

1. Composición del tribunal arbitral

La determinación del número de árbitros corresponde primeramente al acuerdo de las partes. Así lo expresa la Sección 7 de la *FAA*, conforme a la cual las partes pueden determinar el número de árbitros. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres.

La Sección 8 de la *FAA* dispone que, salvo acuerdo en contrario de las partes, toda persona que tenga capacidad legal completa puede actuar como árbitro. La disposición agrega que también una persona que no sea ciudadano finlandés puede actuar como árbitro en Finlandia.

La *FAA* no exige que el árbitro tenga preparación legal especial o experiencia. No obstante, en la práctica, los árbitros son, en su gran mayoría, abogados, académicos o asesores legales de empresas. Sin embargo, no es inusual que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral sea un juez. Los jueces, incluso ministros de la Corte Suprema de Finlandia, pueden actuar como árbitros, previa autorización de la corte.

Por su parte, el Reglamento del Instituto de Arbitraje exige claramente en su artículo 8, que el árbitro tenga suficiente conocimiento de la materia sobre la que versa la disputa sometida a arbitraje. Además, sólo una persona titulada de una carrera de

Derecho puede ser nombrada presidente del tribunal arbitral o árbitro único, a menos que el Instituto decida de otra manera debido a razones especiales.

2. Constitución del tribunal arbitral

La Sección 13 de la *FAA* dispone que, en caso de haber más de un árbitro, y si las partes no se han puesto de acuerdo sobre los árbitros o la manera de nombrarlos, cada parte deberá nombrar el mismo número de árbitros.

De acuerdo a la Sección 12 de la *FAA*, el demandante debe nombrar un árbitro en su notificación a la otra parte de que referirá la disputa a arbitraje. Es una práctica aceptada del proceso de nombramiento de árbitros que el demandado va a estar en condiciones de hacer su propia elección de un árbitro, teniendo conocimiento del árbitro nombrado por el demandante. Conforme a la Sección 15 de la *FAA*, el demandado deberá nombrar a un árbitro dentro del plazo de 30 días de haber recibido la notificación del demandante.

Conforme a la Sección 12 de la *FAA*, si el acuerdo de las partes dispone el nombramiento de un árbitro por alguien distinto a las partes, la notificación de arbitraje también debe ser enviada a la autoridad nominadora acordada por las partes, debiendo solicitarse a esta autoridad hacer el nombramiento.

Conforme a la Sección 13 de la *FAA*, los árbitros así nombrados deben nombrar un árbitro más, el cual actuará como presidente, a menos que las partes hayan acordado que la disputa deba ser decidida por los árbitros que han nombrado.

De conformidad con la Sección 18 de la *FAA*, una parte puede revocar su elección de un árbitro antes de haber informado a la otra parte sobre su nombramiento, o bien, con el consentimiento de la otra parte.

Las Secciones 14 a 16 de la *FAA* disponen que el nombramiento del árbitro debe ser hecho por una corte estatal a solicitud de parte en los siguientes casos:

a) En caso de que una parte no cumpla con su obligación de nombrar un árbitro dentro de 30 días de haber recibido la notificación de arbitraje;
b) En caso de que las partes no hayan llegado a acuerdo respecto del árbitro único dentro de 30 días de haber recibido una parte la notificación de arbitraje enviada por la otra;
c) En caso de que los árbitros nombrados por las partes no hayan llegado a acuerdo en cuanto al presidente del tribunal dentro de 30 días de haber sido nombrados;

d) En caso de que una parte u otro que deba nombrar un árbitro no ha hecho el nombramiento dentro de 30 días de haber recibido una solicitud escrita para nombrar un árbitro sustituto;
e) En caso de fallecimiento, renuncia o remoción de un árbitro sustituto;
f) En caso de fallecimiento, renuncia o remoción de un árbitro nombrado por las partes en el convenio arbitral, si las partes no han llegado a acuerdo respecto del árbitro sustituto, a menos que las partes hayan acordado que el convenio arbitral ha de terminar en tal evento.

48 De acuerdo a la Sección 50 de la *FAA*, la solicitud debe ser hecha a la corte de primera instancia del lugar en que una de las partes tenga su domicilio, o, si ninguna de las partes tiene su domicilio en Finlandia, en la Corte de Distrito de Helsinki, salvo acuerdo distinto entre las partes.

Conforme a la Sección 17 de la *FAA*, la corte a la que se ha solicitado nombrar un árbitro sólo puede declinar hacerlo, si es evidente que no se reúnen los requisitos legales para el arbitraje. Antes de hacer el nombramiento de uno o más árbitros, debe dar a la otra parte una oportunidad de ser oída, a menos que por ello el arbitraje se retrasara indebidamente. La decisión de la corte acerca del nombramiento de un árbitro es inapelable.

A modo ilustrativo, en el año 2010, el Instituto de Arbitraje nombró cuarenta y siete árbitros, de los cuales un 26% fueron mujeres. Los árbitros nombrados incluyeron abogados, jueces y académicos de universidades. Las nacionalidades de los árbitros nombrados fueron diversas.

3. Independencia e imparcialidad de los árbitros

La Sección 9 de la *FAA* dispone que el árbitro debe ser imparcial e independiente. La persona a quien se le comunique su posible nombramiento como árbitro deberá, a menos que no acepte el nombramiento, inmediatamente revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Además, un árbitro tiene la obligación, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, de revelar sin demora tales circunstancias, que no hayan sido previamente informadas a las partes.

A este respecto, el Reglamento del Instituto de Arbitraje contiene similares disposiciones en su artículo 9. En la práctica, el Instituto de Arbitraje exige a los árbitros, que han aceptado su nombramiento, que llenen y firmen una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. En ella, los árbitros se obligan a revelar a las partes, hasta la terminación del procedimiento arbitral, todas las cir-

cunstancias de las que no les hayan informado previamente, que pudieran afectar o dar lugar a dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad. Además, el formulario requiere que los árbitros declaren si, dentro de los últimos cinco años, han sido nombrados árbitros por alguna de las partes, por el abogado de alguna de las partes o por la oficina de abogados a la que pertenece el abogado de alguna de las partes. De haberlo sido, deben informar en cuántas ocasiones. En este mismo documento, el árbitro se obliga a mantener la confidencialidad de todas las circunstancias de que tome conocimiento durante el curso de las actuaciones arbitrales, incluyendo el laudo arbitral, y de no revelar detalle alguno respecto del laudo a terceros para los efectos de publicación u otros.

4. Recusación de un árbitro

La Sección 10 de la *FAA* permite a una parte recusar a un árbitro, si el árbitro hubiera sido descalificado para conocer de la causa como juez. Las causales por las cuales un juez puede ser descalificado se encuentran contenidas en el Capítulo 13 del Código de Procedimiento Judicial.

Continúa la norma, señalando que la recusación puede también fundarse en la existencia de circunstancias que hagan surgir dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Según la Sección 11 de la *FAA*, las partes son libres de acordar el procedimiento de recusación del árbitro. Faltando ese acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro deberá enviar un escrito al tribunal arbitral, en el cual exponga los motivos de la recusación.

La recusación debe ser hecha dentro de los quince días siguientes a la fecha en que la parte tome conocimiento de la constitución del tribunal arbitral, y de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.

El tribunal arbitral deberá emitir una decisión respecto de la solicitud de recusación, a menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o la otra parte acepte la recusación. La decisión del tribunal arbitral con respecto a la recusación es final. El único recurso que le queda a la parte, cuya objeción al nombramiento del árbitro fuera rechazada, sería iniciar una acción para lograr la anulación del laudo arbitral de conformidad con la Sección 41 de la *FAA*. Si el árbitro es removido, debe ser nombrado un árbitro sustituto.

En arbitrajes conducidos conforme al Reglamento del Instituto de Arbitraje, la recusación debe ser hecha por escrito al Consejo del Instituto, exponiendo los motivos de la recusación, dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha en que estas razones fueron conocidas por la parte solicitante. Las solicitudes de recusación presentadas en arbitrajes administrados por el Instituto de Arbitraje han sido escasas, siendo aceptadas en pocas ocasiones.

5. Remoción de un árbitro

La Sección 19 de la *FAA* dispone que un árbitro puede ser removido por acuerdo de las partes.

La disposición prosigue, señalando que la remoción será ordenada por una corte estatal, a solicitud de parte, si un árbitro se ve impedido de realizar sus funciones de manera adecuada, o si retarda el arbitraje sin justa causa. Antes de ser removido un árbitro, dentro de lo posible, deberá dársele la oportunidad de ser oído. La decisión de la corte respecto de la remoción del árbitro será inapelable.

Conforme a la Sección 50 de la *FAA*, la solicitud de remoción debe ser hecha a la corte de primera instancia del lugar en que una de las partes tenga su domicilio, o si ninguna de las partes tiene su domicilio en Finlandia, en la Corte de Distrito de Helsinki, salvo acuerdo distinto entre las partes.

6. Honorarios de los árbitros

La Sección 46 de la *FAA* dispone que, salvo acuerdo o disposición en contrario, las partes deben ser responsables en conjunto e individualmente del pago de la compensación a los árbitros por su trabajo y gastos.

La compensación a los árbitros debe ser razonable en cuanto a su monto, tomando en consideración el tiempo invertido, la complejidad del caso y otras circunstancias relevantes.

La disposición indica, además, que los árbitros deben tener derecho a exigir un avance o garantía por la compensación.

Conforme a la Sección 47 de la *FAA*, salvo disposición distinta y vinculante para los árbitros, el tribunal arbitral puede determinar en el laudo arbitral el monto de la compensación debida a cada árbitro y ordenar a las partes su pago.

Las partes tienen derecho a recurrir de apelación contra la decisión de los árbitros respecto al monto de la compensación debida a ellos.

La anulación de un laudo arbitral en virtud de un recurso de anulación no significa necesariamente que los árbitros pierdan su derecho a honorarios. Sin embargo, los árbitros podrán perder su derecho a compensación, por ejemplo, si el laudo es nulo (Sentencia de la Corte Suprema 1984 II 63), o si no había un convenio arbitral válido.

7. Responsabilidad de los árbitros

En la *FAA* no hay disposición alguna que se refiera a la responsabilidad de los árbitros.

Sin embargo, al aceptar su nombramiento como árbitro, una persona está sujeta a ciertas obligaciones legales, cuya contravención pudiera causar daño económico a las partes. Los motivos a invocarse dependen de si se considera que la relación entre las partes y el árbitro es de naturaleza contractual o extracontractual. Al respecto, las opiniones están divididas.

La Corte Suprema resolvió en un caso que la relación entre un árbitro y una parte, debido a su especial naturaleza, podía compararse a una relación contractual. En consecuencia, la responsabilidad de los árbitros debía determinarse conforme a los principios aplicables a los contratos. En el caso referido, la Corte Suprema sostuvo que el árbitro no había revelado a las partes cierta información exigida por la Sección 9 de la *FAA* respecto de otros encargos para una parte. Basada en ello y en la Sección 41(3) de la *FAA*, la Corte de Apelaciones de Helsinki anuló el laudo arbitral. La Corte Suprema, por su parte, concluyó que, en virtud de esta contravención, el árbitro debía indemnizar a la parte sus costos aumentados a causa del nuevo arbitraje (Sentencia de la Corte Suprema KKO 2005:14).

C. El procedimiento arbitral

Las disposiciones de la *FAA* respecto del procedimiento arbitral (Secciones 21 a 30) tienen como centro el principio de autonomía de las partes, la cual les concede considerable libertad para decidir la conducción del procedimiento arbitral.

La Sección 23 de la *FAA* establece que, a menos que haya sido dispuesto de otra manera en la *FAA*, las actuaciones deben ser conducidas conforme a lo que las partes hayan acordado respecto del procedimiento a seguir por el tribunal arbitral. En su defecto, el tribunal arbitral puede conducir el arbitraje de la manera que considere

apropiada, sujeto a las disposiciones de la *FAA* y tomando en consideración las exigencias de imparcialidad y rapidez.

1. Ley aplicable al procedimiento arbitral

La *FAA* se basa en el principio de la territorialidad. Conforme lo indica la Sección 1 de la *FAA*, esta ley se aplica a los arbitrajes que tienen su sede en Finlandia.

De conformidad con la Sección 24 de la *FAA*, las partes son libres para determinar el lugar del arbitraje y, en caso de no haberlo hecho, debe ser determinado por el tribunal arbitral. Dispone la norma que, sin perjuicio de ello, el tribunal arbitral podrá, cuando sea apropiado, oír a las partes, testigos y peritos, y hacer inspecciones, en otros lugares, incluso fuera de Finlandia.

2. Igualdad de partes y derecho de ser oído

El principio de *audiatur et altera pars* está consagrado en la Sección 22 de la *FAA*, el cual dispone que el tribunal arbitral debe dar a las partes suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos.

Entre otras cosas, ello significa que los árbitros deben dar a cada parte igual oportunidad de presentar su caso con los hechos relevantes y evidencia. Cada parte debe tener la oportunidad de responder a las demandas y al material presentado por la otra parte, hacer comentarios sobre la evidencia y examinar a los testigos.

De no cumplirse con este principio, ello puede conducir a la anulación y a la no ejecución del laudo arbitral.

3. Idioma

Las partes son libres de acordar el o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, de conformidad con la Sección 26 de la *FAA*, el tribunal arbitral hará la determinación. El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma del procedimiento.

4. Iniciación de las actuaciones arbitrales

La Sección 21 en relación a la Sección 12 de la *FAA* dispone que las actuaciones arbitrales se iniciarán cuando una parte haya recibido la notificación de la otra parte de su deseo de referir una disputa a arbitraje. El aviso debe ser por escrito, debe hacer

referencia al convenio arbitral, e indicar la disputa que se quiere referir a arbitraje, a menos que ésta haya sido mencionada en el convenio arbitral. En la práctica, esta notificación puede ser relativamente breve y no está sujeta a las exigencias de una demanda.

5. Las actuaciones arbitrales

La práctica común es que el procedimiento esté dividido en dos fases principales: el intercambio de escritos y la audiencia. A la audiencia suelen seguir los escritos posteriores a ésta.

Es un importante principio de la *FAA* que la rebeldía de una de las partes en cualquier etapa del procedimiento no debe frustrar el proceso arbitral. Por ejemplo, si una parte se niega a nombrar un árbitro, el árbitro podrá ser nombrado por la corte competente de Finlandia.

El procedimiento arbitral terminará con un laudo arbitral definitivo y vinculante para las partes, o con una orden dando por terminado el procedimiento arbitral.

6. Pruebas

La Sección 27 de la *FAA* dispone que el tribunal arbitral podrá solicitar que cualquiera de las partes, un testigo o cualquier otra persona comparezca ante el tribunal para ser examinada.

Tanto las partes como los árbitros pueden nombrar peritos para ser examinados durante el procedimiento. La Sección 28 de la *FAA* prescribe que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, en caso de necesitarse conocimiento profesional especial para evaluar ciertos aspectos relevantes para la determinación del caso, nombrar un experto para que le informe sobre dichos aspectos. El tribunal arbitral podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información que necesite para cumplir su tarea o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes.

En cuanto a la producción de documentos, conforme a la Sección 27 de la *FAA,* los árbitros pueden, a petición de parte o de oficio, ordenar a cualquiera de las partes u otra persona presentar aquellos documentos u otros objetos que se encuentren en su posesión y que los árbitros consideren relevantes para el examen del caso.

Cabe tener presente que los árbitros carecen de facultades para administrar juramentos y afirmaciones, y que ni sus órdenes son ejecutables. En virtud de ello, la

FAA faculta a las partes para solicitar asistencia a las cortes estatales para la práctica de pruebas. La Sección 29 de la *FAA* dispone que cualquiera de las partes puede solicitar asistencia de las cortes estatales, si el tribunal arbitral considera necesario que un testigo o un perito sea examinado en una corte, que una parte sea examinada bajo afirmación de decir la verdad, o que a una parte o a cualquier otra persona se le ordene presentar un documento escrito u otro objeto que sea relevante como evidencia. La solicitud que, en la práctica, es acompañada de una declaración del árbitro, debe ser presentada en la corte de distrito del lugar donde se encuentra la persona en cuestión. La corte, en lo posible, deberá ejecutar la solicitud de conformidad con las normas de rendición de la prueba del Capítulo 17 del Código de Procedimiento Judicial.

D. Medidas cautelares

1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares

El convenio arbitral no precluye el derecho de una parte a pedir a una corte doméstica que decrete medidas cautelares. Así, la Sección 5 de la *FAA* dispone que una corte u otra autoridad puede, antes o durante el procedimiento arbitral, pese a la cláusula arbitral, otorgar aquellas medidas cautelares, incluso protectoras, que la autoridad tenga la facultad de decretar.

Las cortes estatales tienen jurisdicción exclusiva, tanto antes de iniciarse el proceso arbitral como durante éste, para decretar medidas cautelares ejecutables.

La *FAA* no se pronuncia sobre la posibilidad de que un tribunal arbitral decrete medidas cautelares. En la práctica, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de ellas, otorgar medidas cautelares bajo su autoridad general para decidir sobre el procedimiento.

Las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral no son ejecutables, pues sólo las autoridades públicas tienen facultades coercitivas. Con todo, esto no significa que sean totalmente inefectivas en la práctica. Normalmente las medidas cautelares decretadas por los árbitros son acatadas. Ahora bien, si una parte no cumpliera con la medida ordenada, ello pudiera tener consecuencias negativas para la parte incumplidora. Por ejemplo, el tribunal arbitral podría hacer inferencias adversas del comportamiento de la parte al evaluar la evidencia, sujeto el tribunal, en todo caso, en este examen, a las exigencias de imparcialidad y demás principios de la *FAA*.

En arbitrajes conducidos conforme al Reglamento del Instituto de Arbitraje, el tribunal arbitral está expresamente facultado por el artículo 30a para, durante el curso de las actuaciones arbitrales y a petición de cualquiera de las partes, decretar

una orden u otra medida cautelar que considere necesaria con respecto al objeto de la disputa. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante que preste una garantía por daños y perjuicios de la manera que el tribunal arbitral considere adecuada por todo daño y perjuicio que causare la medida a la parte contra la cual se dirige.

2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares

Las condiciones para la obtención de medidas cautelares varían según el tipo de medidas solicitadas.

En la práctica de la Corte Suprema de Justicia, se ha sostenido que si la medida cautelar condujera al mismo resultado que el buscado a través de la demanda principal, las condiciones serán sustancialmente más altas que para el caso en que se solicite el embargo de bienes para asegurar una demanda monetaria. Esto significa que, en el primer caso, es probable que la corte estatal conceda la medida precautoria al solicitante solamente en caso de existir una probabilidad relativamente alta de que la demanda sobre el fondo del litigio prospere. Una situación similar puede producirse en los arbitrajes con sede en Finlandia. Es probable que, para conceder una medida cautelar que permitiera al solicitante el ejercicio del derecho solicitado en la demanda principal, el árbitro requiera evidencia más contundente del éxito probable en la causa principal.[7]

3. Procedimiento

El procedimiento para la obtención de las medidas cautelares de las cortes estatales, está contenido en el Capítulo 7 del Código de Procedimiento Judicial.

La parte solicitante de alguna medida cautelar debe presentar una solicitud a la corte del distrito competente.

La parte que solicite medidas cautelares debe probar que la solicitud es justificada dentro del significado de la ley.

La solicitud de medidas cautelares puede ser tramitada, en ciertos casos, sin conceder a la otra parte el derecho a ser escuchada. La solicitud es siempre tramitada en un procedimiento urgente.

La parte a la que se le haya concedido una medida cautelar, deberá dentro de un mes, desde la fecha de la orden, iniciar una acción sobre el asunto principal ante una

---

[7] Savola, Mika. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 2011: 4-5, p. 661.

corte o en otros procedimientos que pudieran resultar en una decisión ejecutable en conformidad con la Sección 2:2 del Código de Ejecución. Por lo tanto, iniciar un arbitraje dentro de este plazo satisface el requisito necesario para mantener vigente la medida precautoria concedida.[8]

4. Tipo de medidas cautelares

La *FAA* no contiene disposiciones al respecto.

Las cortes estatales pueden ordenar medidas cautelares de conformidad con el Código de Procedimiento Judicial. Entre otras medidas, están el embargo de bienes de la otra parte, la prohibición a la otra parte de hacer algo bajo pena de multa, la orden a la otra parte de hacer algo bajo pena de multa, la facultad dada al solicitante de hacer algo o de que sea hecho, y otras medidas para asegurar los derechos del solicitante.

5. Recurso contra medidas cautelares

La resolución de la corte estatal decretando medidas cautelares puede ser apelada. Sin embargo, una orden provisoria de medida cautelar no es susceptible de apelación.

La decisión del tribunal arbitral que ordene medidas cautelares no puede ser apelada.

6. Ejecución en Finlandia de medidas cautelares

6.1. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Finlandia

Las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Finlandia no son ejecutables.

6.2. Ejecución de medidas cautelares ordenadas en el extranjero

a. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros

Las medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros no son ejecutables.

b. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales estatales extranjeros

[8] PELTONEN, Jukka. *Op. cit.*, p. 570.

Las medidas cautelares ordenadas por tribunales estatales extranjeros pueden ser ejecutadas de conformidad con las Convenciones de Lugano y Bruselas.

E. Derecho aplicable al fondo del asunto

1. Elección del derecho aplicable por las partes

De conformidad a la Sección 31 de la *FAA*, el tribunal arbitral decidirá el litigio conforme a las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.

2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes

A falta de elección por las partes, el tribunal arbitral decidirá la disputa de acuerdo a las normas de derecho aplicables al fondo de la disputa. Conforme a los trabajos preparatorios de la *FAA*, ello significa que el tribunal determinará la ley aplicable conforme a las normas de conflicto de leyes que considere aplicables.

Además, el tribunal arbitral decidirá la disputa *ex aequo et bono* sólo si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así.

3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

Los tribunales arbitrales deben tener en cuenta las normas de orden público nacionales y aquéllas generalmente vistas como de orden público internacional.

F. El laudo definitivo

Las actuaciones arbitrales terminan, ya sea con el laudo definitivo o con una orden del tribunal, dando por terminadas las actuaciones arbitrales.

Conforme a la Sección 30 de la *FAA*, el tribunal arbitral deberá dictar una orden para dar por terminadas las actuaciones arbitrales, si las partes así lo acuerdan o si el tribunal arbitral concluye que la prosecución de las actuaciones resultaría imposible por alguna otra razón. También dictará la orden, si el demandante retira su demanda, salvo que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva al litigio, en cuyo caso las actuaciones podrán continuar y el litigio será decidido en un laudo arbitral.

Las principales disposiciones en cuanto al laudo arbitral están contenidas en las Secciones 31 a 40 de la *FAA*.

Si el tribunal arbitral está compuesto por más de un árbitro, en caso de divergencia de opiniones, el laudo deberá ser pronunciado mediante mayoría de votos. Si la divergencia de opiniones se refiere al monto demandado, los votos en favor del monto más alto deben ser sumados a los votos por el monto menor más cercano hasta que el número de votos exceda la mitad de la cantidad total de votos. Sin embargo, de no lograrse mayoría de votos, la opinión del árbitro presidente prevalecerá, salvo acuerdo en contrario de las partes.

La *FAA* no prevé un plazo para el pronunciamiento del laudo arbitral. Sin embargo, nada impide que las partes acuerden un plazo para la dictación del laudo. La expiración del plazo para rendir el laudo pone término al mandato del tribunal arbitral. En arbitrajes conducidos conforme al Reglamento de Arbitraje del Instituto, el plazo para rendir el laudo es de un año contado desde la fecha de envío del expediente al tribunal arbitral. En casos conducidos conforme al Reglamento de Arbitraje Acelerado, el plazo es de tres meses contado de la misma forma.

El laudo debe ser dictado por escrito y firmado por el o los árbitros que constituyan el tribunal arbitral. En el caso de un tribunal arbitral formado por más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre y cuando se deje constancia de las razones por las que un árbitro que ha participado en las actuaciones, no ha firmado.

En el laudo debe constar la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje conforme haya sido acordado o determinado.

Además, conforme a la Sección 47 de la *FAA*, los árbitros pueden incluir en el laudo arbitral sus honorarios y ordenar a las partes su pago. En este caso, el laudo debe contener instrucciones para las partes acerca de lo que deben observar, en caso de querer apelar la decisión de los árbitros respecto del monto de sus honorarios.

De acuerdo a la Sección 37 de la *FAA*, una copia del laudo dictado y firmado por los árbitros debe ser entregada a cada parte en una sesión del tribunal arbitral o enviada a ellas de una manera verificable.

La Sección 38 de la *FAA* se refiere a la corrección del laudo en caso de errores de cálculo, de copia o tipográficos o cualesquiera otros errores de similar naturaleza. Cualquiera de las partes puede, dando notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de ese tipo. La solicitud debe ser hecha dentro

de los treinta días siguientes a la recepción de la copia del laudo, a menos que las partes hayan acordado otro plazo. Si el tribunal estima justificada la solicitud, efectuará la corrección sin demora y, de ser posible, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud por parte del presidente del tribunal. Asimismo, el tribunal arbitral podrá, por su propia iniciativa, corregir cualquier error del tipo ya mencionado dentro de los treinta siguientes a la fecha del laudo. En este caso, antes de hacer la corrección, las partes, en caso de ser necesario, deberán tener la oportunidad de emitir sus comentarios con respecto a la corrección a realizarse.

G. Los recursos contra el laudo definitivo

1. Recurso de apelación respecto del monto de los honorarios de los árbitros

El laudo arbitral es definitivo, es decir, no es posible la apelación sobre el fondo del laudo.

No obstante, de conformidad a las Secciones 47 y 48 de la *FAA*, dentro del plazo de 60 días, desde la fecha de recepción de la copia del laudo arbitral, cualquiera de las partes tiene derecho a apelar la decisión de los árbitros respecto del monto de su compensación. La apelación debe ser presentada por escrito y acompañada de una copia del laudo arbitral ante la corte de primera instancia del lugar en que se dictó el laudo. La corte, antes de emitir su decisión respecto de la apelación, debe oír a las otras partes del arbitraje y a los árbitros, cuyos honorarios son objeto de la apelación.

2. Recurso de anulación

La *FAA* distingue entre laudos arbitrales nulos y aquéllos que pueden ser impugnados a petición de la parte agraviada dentro del plazo legal.

Conforme a la Sección 40 de la *FAA*, el laudo arbitral es nulo (y, por lo tanto, una corte podrá declararlo nulo *ex officio*) por los siguientes motivos:

a) si, en el laudo, el tribunal arbitral ha decidido un asunto no susceptible de arbitraje conforme a la legislación finlandesa;
b) si el reconocimiento del laudo fuera contrario al orden público de Finlandia;
c) si el laudo arbitral fuera tan oscuro o incompleto que no apareciera en él cómo la disputa ha sido decidida;
d) si el laudo no ha sido hecho por escrito o firmado por los árbitros. Sin embargo, en el caso de un tribunal arbitral formado por más de un árbitro, no se producirá la nulidad del laudo, si ha sido firmado por la

> mayoría de los miembros del tribunal arbitral y se ha dejado constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

Por su parte, las causales que la parte agraviada puede invocar para solicitar la nulidad de un laudo arbitral (recurso de anulación) se encuentran contenidas en la Sección 41 de la *FAA*.

2.1. Motivos del recurso de anulación

La Sección 41 de la *FAA* enumera los motivos por los cuales una parte puede solicitar que un laudo arbitral sea declarado nulo:

a) el tribunal arbitral ha excedido su autoridad;
b) un árbitro no ha sido nombrado en la forma debida;
c) un árbitro ha sido recusado, pero la recusación debidamente hecha por una parte no ha sido aceptada antes de dictarse el laudo arbitral, o si una parte ha tomado conocimiento del motivo de la recusación tardíamente de manera que no ha podido recusar al árbitro antes de ser dictado el laudo arbitral; o
d) el tribunal arbitral no ha dado a una parte suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos.

Sin embargo, la petición de nulidad no podrá fundarse en las causales de exceso de autoridad, nombramiento irregular o recusación de un árbitro, si la parte peticionaria ha tomado parte en el procedimiento sin hacer presente su objeción o por otra razón deba ser considerado que ha renunciado a su derecho a invocar estos motivos.

2.2. Procedimiento

En ese sentido, indica la Sección 41 en relación a la Sección 50 de la *FAA,* que la petición de nulidad debe presentarse dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha de recepción de la copia del laudo o, si ha habido una petición de corrección del laudo, desde la fecha de recepción de la copia de la decisión del tribunal arbitral con respecto a dicha petición, ante la corte de primera instancia del lugar donde se rindió el laudo.

La Sección 42 de la *FAA* dispone que cuando se solicita a una corte estatal que declare nulo un laudo, puede ésta, a petición de parte, suspender las actuaciones ante ella por un período de tiempo determinado por ella y dar una oportunidad al tribunal arbitral una oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o tomar alguna medida que elimine el motivo por la que se solicita la nulidad.

3. Recurso de revisión

Bajo la legislación finlandesa, no es posible la revisión del laudo arbitral.

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Finlandia ha ratificado la Convención de Nueva York sin hacer reservas.

El procedimiento de ejecución es el mismo, sea que el laudo arbitral haya sido rendido en Finlandia o en un país extranjero.

La Sección 43 de la *FAA* prescribe que la decisión sobre ejecución de un laudo arbitral debe ser hecha por una corte de primera instancia (Corte de Distrito). No se pronuncia la disposición sobre la competencia territorial, por lo que ésta se puede determinar por las normas del Capítulo 10 del Código de Procedimiento Judicial. Así, podría ser ante la corte del domicilio o residencia habitual del demandado, o bien, podría ser también ante la corte del lugar donde se ha dictado el laudo. En todo caso, el foro para presentar una petición de ejecución no es imperativo, por lo que puede ser acordado por las partes.

La petición de ejecución debe ser acompañada del original del convenio arbitral o documento que contenga la cláusula arbitral y del original del laudo arbitral, o copias certificadas de ellos. También debe acompañarse una traducción certificada al finés o sueco (las lenguas oficiales de Finlandia), si estos documentos estuvieran en otro idioma, salvo que la corte eximiera a la parte de presentar traducciones. En general, es suficiente traducir aquellas partes del laudo necesarias para la correcta ejecución.

Antes de que la corte decida sobre la petición de ejecución, la parte contra la cual se solicita la ejecución debe tener la oportunidad de ser oída, a menos que haya una razón especial en contrario. La ejecución es, generalmente, un procedimiento escrito, salvo que un testigo o alguna otra persona deba ser oída en persona.

La decisión de la corte de distrito puede ser apelada. Por su parte, la decisión de la corte de segunda instancia puede ser apelada, en caso de concederse el recurso de apelación.

En cuanto a laudos arbitrales dictados en Finlandia, conforme a la Sección 44 de la *FAA*, la corte puede rechazar una petición de ejecución de un laudo rendido en Finlandia sólo por los siguientes motivos:

a) si la corte concluye que es nulo por uno de los motivos indicados en la Sección 40 de la *FAA*,
b) si el laudo arbitral ha sido anulado por una corte, o
c) si una corte ha ordenado que toda ejecución del laudo sea interrumpida o suspendida, en virtud de una acción para declararlo nulo.

Con respecto a los laudos arbitrales extranjeros, las cortes finlandesas sólo denegarán el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero de oficio, en caso de ser contrario al orden público de Finlandia. La Sección 53 de la *FAA*, establece los otros motivos para denegar el reconocimiento de laudos arbitrales rendidos en el extranjero. La no arbitrabilidad de una disputa no constituye causal de no reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero en Finlandia.

La Sección 53 de la *FAA* dispone que se podrá denegar el reconocimiento en Finlandia de un laudo arbitral dictado en el extranjero, en contra de la parte que pruebe que:

a) no tenía capacidad para celebrar el convenio arbitral o no estaba debidamente representado al celebrarse el acuerdo, o que el convenio arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o, si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;
b) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
c) el tribunal arbitral ha excedido su autoridad;
d) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, o, en defecto de tal acuerdo, no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
e) el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido en el país donde, o conforme a cuya ley, se ha dictado ese laudo.

V. Reflexiones finales

El arbitraje tiene una larga tradición en Finlandia como forma de resolver disputas.

Se puede decir que, tanto la legislación como las cortes estatales, son favorables al arbitraje, y que los laudos arbitrales, en su gran mayoría, son cumplidos voluntariamente.

Los casos de arbitraje doméstico e internacional se han incrementado con el curso de los años, como lo dan cuenta las estadísticas del Instituto de Arbitraje, tendencia que puede continuar con el incremento de las relaciones comerciales a nivel global y el uso de cláusulas arbitrales en los contratos.

El Instituto de Arbitraje cuenta ya con cien años de vida, caracterizándose sus servicios por la rapidez y eficiencia. La duración promedio de los arbitrajes conducidos bajo su Reglamento es de nueve meses y, en el caso de arbitrajes acelerados, de cuatro meses, incluyendo eventuales extensiones del plazo para rendir el laudo.

Francia

Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor
Bruno Roca Grau

Sumario: I. Introducción.— 1.1. Régimen propio al arbitraje comercial internacional.— 1.2. Definición de arbitraje comercial internacional.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— 1. Jurisprudencia.— 2. Legislación.— 3. Tratados internacionales.— III. La elección de Francia como sede de arbitraje.— A. El convenio arbitral.— 1. Concepto.— 2. La autonomía del convenio arbitral.— 3. Forma del convenio arbitral.— 4. Capacidad y consentimiento en el convenio arbitral.— 5. Extensión del convenio arbitral.— 6. Arbitrabilidad.— 7. Convenios arbitrales patológicos.— 8. Transmisión del convenio arbitral.— B. Competencia de los árbitros.— IV. El tribunal arbitral.— 1. La constitución del tribunal arbitral.— 2. El juez de apoyo.— V. El procedimiento arbitral.— 1. Derecho aplicable al procedimiento arbitral.— 2. El procedimiento arbitral.— a) Principios rectores del procedimiento arbitral.— b) Objeto del litigio y evolución.— c) Desarrollo del procedimiento arbitral.— d) Suspensión del procedimiento.— 3. Medidas provisionales y cautelares.— 4. Plazo para laudar.— VI. Arbitraje de derecho y de equidad y derecho aplicable al fondo del litigio.— 1. Arbitraje de Derecho y de equidad.— 2. Derecho aplicable al fondo del litigio.— VII. El laudo arbitral.— 1. Concepto.— 2. Formación y condiciones de forma del Laudo.— A. La formación del laudo.— B. Forma del laudo.— 3. Efectos del laudo arbitral.— 4. Interpretación, rectificación y complementación del laudo.— VIII. Reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en Francia en materia internacional.— IX. Recursos contra los laudos dictados en Francia en materia de arbitraje internacional.— 1. El recurso de anulación.— A. Motivos de anulación.— B. Plazo, competencia y procedimiento.— C. Renuncia implícita, *estoppel* y uso abusivo del recurso.— D. Renuncia al recurso de anulación.— E. Efectos del recurso en anulación.— 2. El recurso de revisión.— X. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero.— XI. Conclusión.

I. Introducción

El Derecho francés ha tenido una particular importancia histórica en el arbitraje comercial internacional. Nadie ignora el papel jugado en el desarrollo del arbitraje

por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) desde su fundación el año 1919, de manera especial, poniendo a la disposición de los comerciantes en 1923 una Corte de Arbitraje, hoy denominada Corte Internacional de Arbitraje.

Que la sede de esta institución estuviera en París tuvo una indiscutible consecuencia: aunque los miembros de la Corte de Arbitraje y de su Secretaría provengan de todos los sistemas jurídicos, la presencia en la Corte de eminentes juristas de formación francesa hacía que el Derecho francés jugara como común denominador en múltiples cuestiones. Además, aunque los arbitrajes administrados por la CCI se desarrollen en todo el mundo, el hecho de que la Corte esté en París ha provocado una abundante jurisprudencia de los tribunales parisinos que también ha influido en las prácticas de la Corte.

Hoy en día otros sistemas jurídicos tienen también una influencia evidente en el mundo del arbitraje comercial internacional, pero es preciso reconocer que éste tiene un importante sustrato derivado de las peculiaridades del Derecho Procesal francés.

1.1. Régimen propio al arbitraje comercial internacional

El régimen arbitral francés sigue un sistema dualista[1] reservando un régimen jurídico distinto al arbitraje interno y al internacional, que tiene un tratamiento más liberal y autónomo, dotado de reglas propias.

La Corte de Casación se refiere al régimen internacional del arbitraje cuando dice: «El laudo internacional, que no se encuentra vinculado a ningún ordenamiento jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad ha de ser examinada conforme a las reglas aplicables en el país en el que se solicita su reconocimiento y ejecución».[2]

París ha sido tradicionalmente sede de arbitrajes internacionales. El arraigo de la Corte Internacional de Arbitraje en París es importante. Y ello ha llevado a reservar un trato de favor a todo lo relacionado con el arbitraje comercial internacional, dispensándolo de las reglas más estrictas del Derecho Interno y sometiéndolo en esencia a las limitaciones derivadas del orden público en el sentido internacional.

---

1 Para un análisis del modelo dualista: MAYER, Pierre. *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 359-374, y PELLERIN, Jacques. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, pp. 133-140.

2 Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil, de 29 de junio de 2007, comentada por GAILLARD, E. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 507-522.

1.2. Definición de arbitraje comercial internacional

Para distinguir el arbitraje interno del internacional, hay que acudir a la naturaleza de la operación económica que se encuentra en el origen del litigio.[3] De acuerdo con el artículo 1504 del Código de Procedimiento Civil, es internacional el arbitraje que pone en causa los intereses del comercio internacional.

En esta concepción del arbitraje internacional, los criterios clásicos de extranjería, tales como la nacionalidad o la calidad de las partes,[4] la sede del arbitraje o la ley aplicable al arbitraje o al fondo del litigio ceden el paso a una definición exclusivamente «económica» de la internacionalidad.[5]

En suma, el arbitraje es internacional cuando el litigio se relaciona con un movimiento de bienes o de servicios o con un pago transfronterizo o cuando afecta a la economía de más de un Estado. Dicho de otro modo, el arbitraje es internacional cuando concierne una operación cuyo desenlace económico no tiene lugar en un único Estado[6] y ello incluso si el litigio guarda relación con inmuebles sitos en Francia.[7]

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

1. Jurisprudencia

El principal motor del arbitraje en Francia ha sido la jurisprudencia hasta la gran reforma que operó el Decreto n.º 80-354 de 14-05-1980.[8] Los principios contenidos en el Decreto n.º 81-500 de 12-05-1981, que fue la primera norma francesa específica al arbitraje internacional, así como los que acaba de incorporar el Decreto n.º 2011-48 de 13 de enero de 2011,[9] tienen su origen en la doctrina que los tribunales han creado a lo largo de varias décadas para conciliar la normativa francesa con la

---

3 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de marzo de 2001, comentada por Bureau, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 543-558.

4 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª, de 26 de enero de 2011, comentada por Asfar, C. *La Semaine Juridique*, 17 de marzo de 2011, n.º 11, pp. 40-42.

5 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 21 de enero de 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 431.

6 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 17 de enero de 2002, comentada por Racine, J.B. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 391-412, y de 7 de abril de 2011, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 576-577.

7 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª, de 26 de enero de 2011, *La Semaine Juridique*, 17 de marzo de 2011, n.º 11, pp. 40-42, y de 8 de octubre de 2009, comentada por Perreau-Saussine, L. *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 126-138.

8 Ver un análisis pormenorizado sobre la evolución del arbitraje internacional en Francia en David, R. *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Etudes Juridiques Comparatives, Economica, 1981, y Fouchard, Ph. *Juris-Classeur de Droit International*, fascículo 585.2.

9 *Journal Officiel* de 14 de enero de 2011.

evolución del comercio internacional y los acuerdos y tratados internacionales que han ido siendo suscritos por Francia.[10]

2. Legislación

La regulación del arbitraje en materia civil y mercantil se encuentra, principalmente, en el Código de Procedimiento Civil, Libro IV, artículos 1442 a 1527.[11] También se halla en el Código Civil, Libro III, artículos 2059 a 2061, así como en el Código de Comercio, artículo 1721-3.

Ello no es óbice para que la principal fuente siga siendo la abundante jurisprudencia de los tribunales franceses, que está siempre abierta a las particularidades del arbitraje comercial internacional.

3. Tratados internacionales

Francia ha suscrito, además, numerosos tratados internacionales en la materia, siendo los más importantes el Convenio para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de Nueva York de 10 de junio de 1958[12] y el Convenio europeo sobre el arbitraje mercantil internacional de Ginebra de 21 de abril de 1961,[13] así como el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.[14]

III. La elección de Francia como sede de arbitraje

A. El convenio arbitral

1. Concepto

En el arbitraje interno el convenio arbitral puede ser una cláusula compromisoria o un compromiso, según que el litigio sometido a los árbitros haya o no nacido. En el arbitraje internacional sólo se habla de convenio arbitral. El progresivo abandono en materia de arbitraje internacional de la distinción entre las dos modalidades del convenio se ha justifi-

---

10 Un resumen de los avances jurisprudenciales incorporados en el Decreto n.º 2011-48 se encuentra en Gaillard, E. y P. De Lapasse, «Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, pp. 263-329.

11 Todos ellos profundamente modificados por el decreto 2011-48 de 13 de enero de 2011.

12 Publicado por Decreto n.º 59-1039, de 1 de septiembre de 1959, *Journal Officiel* de 6 de septiembre de 1959.

13 Publicado por Decreto n.º 68-117, de 26 de enero de 1968, *Journal Officiel* de 9 de febrero de 1968. También ha suscrito el Protocolo modificativo de 17 de diciembre de 1962.

14 Publicado por Decreto n.º 67-1245, de 18 de diciembre de 1967, *Journal Officiel* de 31 de diciembre de 1967.

cado tanto por su ausencia de interés en la práctica como por la necesidad de acoger otros instrumentos en los que el consentimiento de las partes se encuentra disociado, como, por ejemplo, en los tratados internacionales de protección de inversiones.[15]

2. La autonomía del convenio arbitral

El artículo 1447 del Código de Procedimiento Civil[16] dispone que el convenio arbitral es independiente del contrato del que proviene. Con tal disposición, el Decreto n.º 2011-48 consagra a nivel normativo el principio de independencia y validez del convenio arbitral que la jurisprudencia había erigido como regla material de Derecho del Arbitraje Internacional.[17]

Por lo tanto, la inexistencia,[18] nulidad, caducidad, resolución o rescisión del contrato que lo contiene directamente o por referencia, no afectan al convenio. Su existencia y eficacia, es decir, su validez, deben ser apreciadas conforme a la común voluntad de las partes,[19] sin necesidad de referirse a una ley estatal, pero respetando las reglas imperativas del Derecho francés y del orden público internacional.[20]

3. Forma del convenio arbitral

La normativa francesa no impone requisito alguno de forma para la validez del convenio arbitral:[21] puede revestir cualquier modalidad escrita,[22] expresa, tácita o por referencia,[23] e incluso puede ser verbal.[24]

---

15 Ver Gaillard, E. *Juris-Classeur de Droit International*, fascículo 586-1 y el artículo de Gaillard, E. y P. De Lapasse citado en la nota 10 *supra*.

16 En relación con el art. 1506 del Código de Procedimiento Civil.

17 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 20 de diciembre de 1993, comentada por Gaudemet-Tallon, H. *Revue de l'Arbitrage*, 1994, pp. 116-125, y de 5 de enero de 1999, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 260-271.

18 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 25 de octubre de 2005, comentada por Racine, J.B. *Revue de l'Arbitrage,* 2006, pp. 103-125.

19 Ver un ejemplo de los principios hermenéuticos en la sentencia de la Corte de Apelación de París de 7 de abril de 2011, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 577-579.

20 Para un análisis sobre la aplicación y límites de estas reglas, especialmente en materia de capacidad de las partes y poder para comprometer, ver los comentarios de Seraglini, Ch. a la Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 30 de marzo de 2004, *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 959-976.

21 Art. 1507 del Código de Procedimiento Civil.

22 Como, por ejemplo, las descritas en el art. I-2).a del Convenio de Ginebra de 1961 y la comunicación electrónica que contempla el art. 7-4) de la Ley Modelo CNUDMI.

23 Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 9 de noviembre de 1993, comentada por Kessedjian, C. *Revue de l'Arbitrage*, 1994, pp. 108-115. Igualmente, Gaillard; E. *Juris-Classeur Droit International*, fascículo 586-2.

24 Ver De Boisséson, M. *Le droit français de l'arbitrage interne et International*. Editions GLN JOLY, pp. 77 y ss., y Jarrosson, Ch. y J. Pellerin. «Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011». *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 5-80.

4. Capacidad y consentimiento en el convenio arbitral

En el arbitraje internacional, las cuestiones relativas a la capacidad de las partes y la suficiencia de los poderes de sus representantes para suscribir el convenio arbitral han de analizarse a la luz de la ley personal de los interesados y, en su caso, de la ley que rige su representación legal o voluntaria, pero teniendo presente, a la vez, diversos principios correctores y reglas materiales; por ejemplo, que la firma de un convenio arbitral es un acto de gestión corriente que no exige poder especial o que nadie puede prevalerse de su incapacidad o de la falta de poderes de su representante aparente, si podían ser legítimamente ignoradas por la otra parte.[25]

En el caso de Estados o de personas jurídicas de Derecho Público, la Corte de Casación considera que disponen de la capacidad necesaria para comprometer y que no pueden alegar ulteriormente su ley nacional para desligarse del convenio arbitral suscrito.[26] Esta doctrina ha sido también expresamente reconocida en el Informe del Ministerio de Justicia al Primer Ministro preparatorio del Decreto n.º 2011-44, explicando que no se proponía su inclusión en el decreto por tratarse de materia reservada a la competencia del legislador.

5. Extensión del convenio arbitral

Aunque, en principio, el convenio arbitral vincula a las partes que lo han suscrito y concierne los litigios que derivan del contrato en el que se inserta, en determinadas ocasiones puede extenderse a otras personas, así como a los litigios derivados de otros contratos.

a) *Extensión a terceros*: El convenio arbitral puede ser extendido a terceras personas en determinados supuestos.

En el caso de estipulaciones no aceptadas a favor de terceros, el convenio arbitral no es oponible al beneficiario, pero en cambio éste sí que puede invocarlo.[27]

---

[25] Sentencias de la Corte de Apelación de París de 4 de enero de 1980, comentada por Level, P. *Revue de l'Arbitrage*, 1981, pp. 160-166, y de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil de 8 de julio de 2009, comentada por Train, F.X. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010-1, pp. 97-110.

[26] Sentencias de la Corte de Casación 1.ª Civil, de 2 de mayo de 1966 y de la Corte de Apelación de París de 17 de diciembre de 1991, comentada por Synvet, H. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 281-299, de 13 de junio de 1996, comentada por Gaillard, E. *Revue de l'Arbitrage*, 1997, pp. 251-262, y de 19 de junio de 1998, comentada por Jarosson, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 343-349.

[27] Sentencia Sala 1.ª Civil de la Corte de Casación de 11 de julio de 2006, comentada por Larroumet, C. *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 969-976, ver, igualmente, del mismo autor «Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage». *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 903-915.

Las sociedades pertenecientes a un mismo grupo que participan en la conclusión, la ejecución o la resolución de un contrato como si se tratase de verdaderos contratantes o que se vean directamente concernidas por el contrato y por los litigios que pueden derivar del mismo, se entiende que pueden ampararse en el convenio arbitral[28] y que, en determinadas circunstancias, éste puede serles oponible.[29]

Finalmente, en el caso de contratos suscritos por organismos estatales dotados de personalidad jurídica propia se considera que el convenio arbitral únicamente vincula al Estado cuando se desprenda que tal era su voluntad y sin que su intervención como autoridad de tutela sea suficiente a estos efectos.[30]

b) *Extensión a litigios derivados de otros contratos:* Si las partes han suscrito varios contratos que concurren a la realización de una misma operación —por ejemplo, acuerdo marco seguido de uno o más acuerdos de ejecución—, se entiende que el convenio arbitral contenido en el contrato principal se extiende a los litigios derivados de los otros contratos —con excepción de aquéllos que contienen un convenio arbitral distinto o una cláusula de sumisión a una jurisdicción estatal—, cuando se desprenda que esa era la voluntad común de las partes.[31]

En el caso de contratos de idéntica o similar naturaleza suscritos de manera sucesiva por las mismas partes en el marco de unas relaciones de negocio estables y continuadas —por ejemplo, pedidos sucesivos— se considera que, por renovación tácita, el convenio arbitral habitualmente previsto en los contratos anteriores se extiende igualmente a los posteriores, salvo si contienen un convenio arbitral distinto o están sometidos a una jurisdicción estatal.[32]

---

[28] Sentencia Sala 1.ª Suplementaria de la Corte de Apelación de París de 21 de octubre de 1983, comentada por Chapelle, A. *Revue de l'Arbitrage*, 1984, pp. 98-114.

[29] Sentencias de la Corte de Apelación de París de 31 de octubre de 1989, *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 90-94, de la Sala 1.ª de la Corte de Casación de 11 de junio de 1991, comentada por Cohen, D. *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 73-75, y de 7 de octubre de 1999, comentada por Bureau, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2000, pp. 288-298.

[30] Sentencia de la Sala 1.ª Suplementaria de la Corte de Apelación de París de 12 de julio de 1984, confirmada por Sentencia de la Sala 1ª Civil de la Corte de Casación de 6 de enero de 1987, comentadas por Leboulanger, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1987, pp. 469-478.

[31] Sentencias Sala 1ª Suplementaria de la Corte de Apelación de París de 28 de febrero de 1992, comentada por Cohen, D. *Revue de l'Arbitrage*, 1992; pp. 649-651, 23 de noviembre de 1999, comentada por Li-Kotovtchikhine, X.Y. *Revue de l'Arbitrage*, 2000, pp. 501-509, de 21 de febrero de 2002, comentada por Train, F.X. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 955-969, y de 16 de noviembre de 2006, comentada por De Boisséson, M. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 109-115, así como de la Sala Comercial de la Corte de Casación de 5 de marzo de 1991, comentada por Aynès, L. *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 66-73.

[32] Sentencias de la Sala 1.ª Suplementaria de la Corte de Apelación de París de 18 y 25 de marzo de 1983, comentadas por Robert, J. *Revue de l'Arbitrage*, 1983, pp. 491-495, y 1984, pp. 363-371 y de 9 de diciembre de 1987, *Revue de l'Arbitrage*, 1988, pp. 573-575.

6. Arbitrabilidad

La aptitud de un litigio para ser resuelto por medio de un arbitraje internacional, es decir, la «arbitrabilidad objetiva», se analiza bajo la doble perspectiva de las reglas imperativas del Derecho francés y del orden público internacional.

Junto a determinadas materias consideradas no arbitrables *per se* a causa de su carácter extra-patrimonial, como, por ejemplo, el estado o la capacidad de las personas, el divorcio, la separación o la filiación, existen otras calificadas de «sensibles» cuya arbitrabilidad se admite, pero está sujeta al posterior control judicial de la compatibilidad del reconocimiento o ejecución del laudo con el orden público internacional.[33]

Entre estas últimas, cabe citar el Derecho de la Competencia,[34] la Propiedad Industrial,[35] determinados aspectos de Derecho Concursal,[36] el Derecho Societario,[37] contratos administrativos,[38] el Derecho Laboral,[39] Derecho de Protección de Consumidores[40] y los contenciosos sobre la propiedad de inmuebles sitos en Francia, si bien se trata de una cuestión bastante debatida.[41]

---

33 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 29 de marzo de 1991, comentada por IDOT, L. *Revue de l'Arbitrage*, 1991, pp. 478-486, y de 19 de mayo de 1993, comentada por JAROSSON, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 645-663.

34 Sentencias de la Corte de Apelación de París, Sala Primera, de 19 de mayo de 1993 antes citada, de 18 de noviembre de 2004, comentada por L. Radicati di Brozolo, *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 529-560, y de la Corte de Casación 1.ª Sala Civil de 4 de junio de 2008, comentada por FADLALLAH, I. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 471-485.

35 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 24 de marzo de 1994, comentada por JAROSSON, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 1994, pp. 515-524, y de 28 de febrero de 2008, comentada por AZZI, T. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 168-185.

36 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 27 de febrero de 1992, comentada por ANCEL, P. *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 590-597, y de 20 de septiembre de 1995, comentada COHEN, D. *Revue de l'Arbitrage*, 1996, pp. 87-99 y FOUCHARD, Ph. «Arbitrage et Faillite». *Revue de l'Arbitrage* 1998, pp. 471-494 y de 13 de enero de 2011, comentada por MOURRE, A. y P. PEDONE. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011-1 pp. 160-162.

37 COHEN, D. *Arbitrage et Société*, LGDJ, 1993.

38 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 26 de enero de 2011, comentada por RAUX, M. *Petites Affiches*, 23 de febrero 2011, n.º 38, pp. 13-16, ver igualmente la decisión del Consejo de Estado de 31 de julio de 2009 en el mismo asunto comentada por AUDIT, M. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 539-546.

39 Sentencia de la Corte de Casación Sala Social de 9 de octubre de 2001, comentada por CLAY, Th. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 347-357.

40 Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 21 de mayo de 1997, comentada por GAILLARD, E. *Revue de l'Arbitrage*, 1997, pp. 537-543.

41 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil de 8 de octubre de 2009, comentada por PERREAU-SAUSSINE, L. *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 126-138.

7. Convenios arbitrales patológicos

Si el convenio arbitral presenta carencias o defectos que pueden comprometer su validez, el juez de apoyo francés se muestra claramente a favor de la salvaguardia del convenio cuando está clara la voluntad común de las partes de acudir al arbitraje.

Éste es el caso cuando se ha encomendado el arbitraje a una institución inexistente o insuficientemente identificada[42] o no se dice nada sobre el modo de designar a los árbitros o también cuando, en paralelo a la sumisión a arbitraje, las partes designan, alternativamente o no, un juez estatal.[43]

8. Transmisión del convenio arbitral

En el caso de contratos que no prohíben su cesión, para que pueda operar la transmisión del convenio arbitral se requiere el consentimiento del cesionario. Puede, empero, ser tácito, cuando éste asume el contrato que contiene el convenio arbitral sin formular reservas expresas sobre él.[44]

La transmisión del convenio arbitral puede darse igualmente en supuestos de cesión parcial de contrato, como es el caso de cesiones de créditos.[45]

Y también puede operar en determinados casos de transmisión legal de derechos contractuales. Por ejemplo: sucesión universal;[46] subrogación del asegurador en los derechos del asegurado;[47] acción directa del subadquirente de un bien contra el vendedor inicial cuando existe una cadena de contratos traslativos de propiedad[48] incluso si es heterogénea, es decir, si está compuesta por contratos sucesivos de distinta

---

42 Auto del Tribunal de Gran Instancia de París de 13 de diciembre de 1988, *Revue de l'Arbitrage*, 1990, pp. 521-522, y Pluyette, G. «Le point de vue du Juge» en la misma revista y año, pp. 353-366.

43 Auto del Tribunal de Gran Instancia de París de 25 de octubre de 1983, *Revue de l'Arbitrage*, 1984 pp. 372-375.

44 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 20 de abril de 1988 y de 28 de enero de 1988, comentadas por Goutal, J.L. *Revue de l'Arbitrage*, 1988, pp. 439-474.

45 Sentencias de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 5 de enero y 19 de octubre de 1999, comentadas por Cohen, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2000, pp. 85-95, y 2.ª Civil de 20 de diciembre de 2001, comentada por Legros, C. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 379-389.

46 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de marzo de 1991, comentada por Idot, L. *Revue de l'Arbitrage*, 1991, pp. 478-486.

47 Sentencia de la Sala Comercial de la Corte de Casación de 13 de noviembre de 1992, comentada por Goutal, J.L. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 632-644.

48 Sentencia de la 1.ª Sala Civil de la Corte de Casación de 6 de febrero de 2001, comentada por Cohen, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 765-772.

naturaleza, por ejemplo, un suministro de bienes seguido de un contrato de obra que incorpora dicho bien.[49]

B. Competencia de los árbitros

El convenio arbitral produce efectos frente a las partes, al juez estatal y a los árbitros.

Dada su naturaleza contractual, el convenio arbitral tiene fuerza de ley para las partes, que quedan obligadas a cumplirlo de buena fe.[50] Así, de surgir una disputa contemplada por el convenio arbitral, las partes deben someterla al arbitraje que han pactado, quedándoles vetada la vía judicial y la posibilidad de invocar un privilegio o inmunidad de jurisdicción.[51]

Por otra parte, el convenio arbitral tiene por efecto privar a la jurisdicción estatal de la competencia para conocer del litigio, si bien, al no poder declarar su incompetencia de oficio, corresponde a la parte interesada formular una excepción de incompetencia.[52]

Este principio conoce una salvedad[53] cuando, antes de que se haya constituido el tribunal arbitral,[54] una de las partes somete el fondo del litigio al juez estatal y éste constata que el convenio arbitral es manifiestamente nulo o inaplicable. No sería así si se ejercitara una acción preventiva que se limitara a impugnar el convenio arbitral, ya que la jurisprudencia afirma que tal acción no debe ser admitida.[55]

Asimismo, cuando se acude al juez de apoyo para resolver una disputa en relación con la constitución del tribunal arbitral,[56] el juez puede no designar árbitros si

---

[49] Sentencia de la 1.ª Sala civil de la Corte de Casación de 27 de marzo de 2007, comentada por El Ahdab, J. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 785-804, y por Train, F.X. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, pp. 30-39.

[50] Para un análisis de esta regla material del Derecho francés del arbitraje internacional, ver Gaillard, E. *Juris-Classeur de Droit International*, fascículo 586-5.

[51] Ver, entre otras, las Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 2 de mayo de 1966 antes citada, y de la Corte de Apelación de París de 19 de junio de 1998, comentada por Jarrosson, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 341-349.

[52] Sentencia de la Corte de Casación, Sala 2.ª Civil, de 22 de noviembre de 2001, comentada por Théry, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 371-377. Esta excepción debe ser necesariamente formulada *in limine litis*.

[53] Art. 1448 del Código de Procedimiento Civil por reenvío del art. 1506 del mismo texto.

[54] Es decir, antes de que la totalidad de los árbitros haya aceptado su misión. Ver Sentencia de Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 25 de abril de 2006, comentada por El Ahdab, J. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 79-86.

[55] Ver Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 5 enero de 1999, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 260-271.

[56] Art. 1454 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto.

entiende que el convenio arbitral incurre en nulidad o inaplicabilidad manifiestas. La noción de nulidad o inaplicabilidad manifiesta[57] es interpretada de manera estricta:[58] se requiere que sea «evidente» e «incontestable» sin posibilidad de argumentación seria en contrario.[59] Esta decisión del juez de apoyo es recurrible en apelación.[60]

Finalmente, el convenio arbitral funda la competencia de los árbitros para conocer del litigio y, conforme al principio de *competencia-competencia*,[61] decidir sobre su propia competencia y el alcance de la misma y pronunciarse sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral y más generalmente zanjar cualesquiera cuestiones relativas a los límites de su investidura, incluyendo la apreciación de la excepción de cosa juzgada o la falta de legitimación activa de alguna de las partes.[62] Recíprocamente, por el efecto negativo del principio de *competencia-competencia*, el enjuiciamiento de la competencia de los árbitros sólo podrá tener lugar con ocasión del control jurisdiccional del laudo en sede de anulación o de ejecución.[63]

La jurisprudencia entiende[64] que el convenio arbitral debe ser interpretado de manera de favorecer la competencia de los árbitros, pero siempre respetando la común voluntad de las partes determinada en aplicación de los principios de la buena fe, yendo a la voluntad real de los contratantes más allá de la literalidad del convenio y evitando que una de las partes se ampare en defectos de redacción para eludir sus compromisos. Busca también el efecto útil, presumiendo que, cuando las partes han

---

57 Concepto de origen jurisprudencial recogido en el Decreto n.º 2011-48. Ver, entre otras, la Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 16 de octubre de 2001, comentada por Cohen, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 919-926.

58 Sobre esta temática ver Loquin, E. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fascículo 1034.

59 Constatable *prima facie* sin necesidad de mayor examen. Ver Sentencia de la Corte de Apelación de París de 14 de diciembre de 1987, comentada por Vasseur, M. *Revue de l'Arbitrage,* 1989, pp. 240-250.

60 Art. 1460 del Código de Procedimiento Civil.

61 Efecto positivo del principio de *competencia-competencia* consagrado por el art. 1465 del Código de Procedimiento Civil al cual reenvía el art. 1506 del mismo texto. Ver, igualmente, Sentencias de la Corte de Apelación de París de 10 de septiembre de 1997 y de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 21 de mayo de 1997 y de 5 enero de 1999 antes citadas, comentadas por Bureau, D., A. Hory y E. Gaillard. *Revue de l'Arbitrage*, 1997, pp. 537-543 y 1999, pp. 121-123.

62 Sentencia de la Corte de Casación, 1.ª Sala Civil, de 26 de septiembre de 2002, *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 1049-1051.

63 Para un estudio sobre esta temática ver Strickler, Y. «La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009 a janvier 2011)». *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 191-200.

64 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 7 de febrero de 2002, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 413-426.

introducido una cláusula compromisoria en un contrato, su intención era establecer un mecanismo eficaz para resolver los litigios contemplados por ella.

A título de ejemplo, cuando el convenio arbitral se refiere a los litigios derivados de la ejecución de un contrato, se entiende que abarca igualmente cualesquiera cuestiones relativas a su incumplimiento, a su resolución y caducidad, así como a las sanciones que pueden derivar del mismo, tales como la ejecución forzosa y/o la indemnización de daños y perjuicios[65] incluso en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.[66]

IV. El tribunal arbitral

1. La constitución del tribunal arbitral

El convenio de arbitraje puede designar al o a los árbitros, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje o a reglas procesales, o prever las modalidades de su designación.[67]

En el arbitraje internacional, no se aplican las reglas del arbitraje interno según las cuales: 1) una persona jurídica no puede ser árbitro, sino que, si es designada, se presume que lo ha sido para organizar el arbitraje y 2) el número de árbitros debe ser impar, de manera que, si el convenio arbitral prevé un número par de árbitros, el tribunal debe ser completado en el plazo de un mes por los árbitros designados o, si no lo hacen, por el juez de apoyo.

Cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de un árbitro único, lo designa la persona encargada de administrar el arbitraje o, en su defecto, el juez de apoyo. Si son tres árbitros, cada parte elige el suyo en el plazo de un mes; si no lo hace o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo sobre el tercer árbitro en el mismo plazo a contar de la aceptación de sus cargos, la designación es hecha por la persona encargada de administrar el arbitraje o por el juez de apoyo.[68]

---

65 Ver Loquin, E. *Juris-Classeur de Procédure civile*, fascículo 1032.

66 Ver los comentarios de Bensaude, D. a las sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 18 de mayo y 8 de noviembre de 2005 y de la Corte de Apelación de París de 19 de mayo de 2005 y 6 de abril de 2006, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 925-941, y de Dupeyré, R. a la Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 8 de julio de 2010, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 513-524.

67 Art. 1508 del Código de Procedimiento Civil.

68 Arts. 1452 y 1433 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto.

Si el litigio opone a más de dos partes, y éstas no se ponen de acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros, todos los miembros del tribunal arbitral son designados por la persona encargada de organizar el arbitraje o por el juez de apoyo.

El árbitro tiene que ser independiente e imparcial.[69] Por ello debe revelar, antes de aceptar su misión o en cuanto se produzca ulteriormente, cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o imparcialidad. En caso de diferencia sobre el mantenimiento del árbitro, decide la persona encargada de administrar el arbitraje o el juez de apoyo. Lo mismo sucede en los supuestos de revocación, impedimento, abstención y dimisión de árbitros.

El tribunal arbitral se entiende constituido cuando han aceptado el cargo todos sus miembros. En esta fecha se considera que comienza a conocer del litigio.

2. El juez de apoyo

En el arbitraje internacional, el juez de apoyo[70] es, salvo cláusula contraria, el presidente del tribunal de gran instancia de París cuando: 1º) el arbitraje se desarrolla en Francia ó 2º) las partes han decidido someter el arbitraje a la ley procesal francesa ó 3º) las partes han atribuido expresamente competencia a las jurisdicciones estatales francesas para conocer de las diferencias relacionadas con el procedimiento arbitral ó 5º) una de las partes está expuesta al riesgo de denegación de justicia.

El juez de apoyo puede intervenir a petición de una parte, del tribunal arbitral o de cualquiera de los miembros de éste. El procedimiento seguido es el previsto en materia de *référé*, es decir, el que permite al presidente del tribunal o al magistrado delegado, por él decidir inmediatamente las medidas necesarias sin prejuzgar el fondo del litigio. En caso de extrema urgencia, el juez de *référé* puede autorizar que se cite de una hora a otra del mismo día, aunque sea festivo, e incluso en su domicilio, precisando la ley, que en este caso, tiene que ser con las puertas abiertas. Tiene tan

---

69 Art. 1456 del Código del Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto. Sobre esta temática ver, entre otras, las Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª, Civil, de 20 de octubre y 4 de noviembre de 2010; *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp 974-975 y 978, y de la Corte de Apelación de París de 12 de febrero de 2009, comentada por Clay, Th. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp 186-205, y por Degos, L. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. 5, pp. 54-67, 9 de septiembre de 2010; *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 966-967, y 10 de marzo de 2011, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 569-571.

70 Para un estudio sobre la figura del juez de apoyo ver Clay, Thomas «L'appuis du juge à l'arbitrage»; *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, pp. 331-348.

sólo que verificar que la demandada ha dispuesto del tiempo necesario para preparar su defensa.[71]

El juez de apoyo se pronuncia por auto no susceptible de recurso alguno, salvo si decide no designar al árbitro porque el convenio es manifiestamente nulo o inaplicable, en cuyo caso se puede apelar de su decisión.

V. El procedimiento arbitral

1. Derecho aplicable al procedimiento arbitral

El convenio de arbitraje puede regular el procedimiento que se seguirá en la instancia arbitral, haciéndolo tanto de manera directa, como refiriéndose a un reglamento de arbitraje o a reglas procesales.

A falta de pacto entre las partes, el tribunal arbitral regula en lo que sea necesario el procedimiento, bien directamente bien por referencia a un reglamento de arbitraje o a unas reglas procesales.

2. El procedimiento arbitral

a) Principios rectores del procedimiento arbitral

Sea cual sea la regulación del procedimiento, se debe garantizar la igualdad de las partes y respetar el carácter contradictorio.[72]

Salvo si las partes han convenido otra cosa,[73] estas últimas y los árbitros deben actuar con celeridad y lealtad en el procedimiento.[74]

El carácter confidencial del arbitraje —consagrado en el arbitraje interno, bajo reserva de las obligaciones legales y de lo que decidan las partes— no está reconocido en el arbitraje internacional.

---

71 Arts. 484 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

72 Art. 1510 del Código de Procedimiento Civil.

73 Art. 1464 del Código de Procedimiento Civil por reenvío del artículo 1506-3.º del mismo texto.

74 Para un análisis sobre estos principios ver Dérains, Y. y St. Adell. «Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil francés»; *Spain Arbitration Review,* n.º 11/2011, pp. 25-40.

b) Objeto del litigio y evolución

El objeto del litigio puede evolucionar en el curso del procedimiento arbitral, en función de las pretensiones ampliativas y modificativas que las partes puedan formular dentro de los límites del convenio arbitral y bajo reserva de lo que a este respecto dispongan las reglas de procedimiento que las partes hayan previsto en el convenio arbitral, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, o en su defecto las ordenadas por los propios árbitros, así como del tenor del acta de misión que haya podido ser elaborada.[75] Si el arbitraje se somete al Derecho Procesal francés, será de aplicación el principio jurisprudencial de concentración de medios que obliga a invocar ante los árbitros la totalidad de los fundamentos de Derecho en los que se basa la pretensión, de manera que los que no sean aducidos en el arbitraje no podrán serlo en un ulterior proceso.[76] Por el contrario, no parece que esta obligación de concentración sea extensible a las demandas.[77]

c) Desarrollo del procedimiento arbitral

El litigio se somete al tribunal arbitral o bien conjuntamente por las partes, o bien por la parte más diligente.

El tribunal arbitral procede a los actos de instrucción que considere necesarios, a menos que las partes autoricen a designar a uno de sus miembros para realizarlos.[78]

El tribunal arbitral puede oír a cualquier persona, pero no puede recibir juramento de los declarantes de que van a decir la verdad.

Si una parte posee un elemento de prueba, el tribunal arbitral puede ordenarle que lo presente según las modalidades que fije, incluso imponiendo una multa coercitiva.

---

[75] Sobre el acta de misión, ver Gaillard; E. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fascículo 1068, y su eventual incidencia sobre el objeto del litigio ver Loquin, E. «De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage». *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 201-233

[76] Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 28 de mayo de 2008, comentada por Weiller, L. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 461-472.

[77] Aunque la sentencia arriba citada declaró que dicha extensión se imponía en arbitraje interno, su aplicación al arbitraje internacional resulta sumamente controvertida. Ver los comentarios a esta sentencia de Weiller, L. y de E. Loquin antes citados, así como los de Mayer, P. a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 9 de septiembre de 2010, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, pp. 413-424.

[78] Acorde con los arts. 1467 a 1469 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto.

Cuando una parte desea utilizar en un procedimiento arbitral una escritura pública o un documento privado en el que no ha participado o cualquier elemento que se halle en manos de un tercero, puede, si así le invita a hacerlo el tribunal arbitral, demandar al tercero ante el presidente del tribunal de gran instancia pidiendo que le sea entregado. El procedimiento es seguido por la vía urgente del *référé*. El presidente del tribunal puede fijar las condiciones y garantía, y señalar también una multa coercitiva. Su decisión puede ser apelada en el plazo de quince días a partir de la notificación.

d) Suspensión del procedimiento

El tribunal arbitral puede, si estima que procede, suspender el procedimiento durante el tiempo o hasta que suceda el acontecimiento que determine. También puede, según las circunstancias, levantar la suspensión o reducir su plazo.

Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando se plantea una prejudicialidad penal, aunque en este caso, conforme a la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional, los árbitros no tienen la obligación de suspender las actuaciones.[79]

3. Medidas provisionales y cautelares

La existencia de un convenio arbitral no es obstáculo para que, antes de la constitución del tribunal arbitral, una parte pueda dirigirse a la jurisdicción estatal para solicitar una medida de instrucción o una medida provisional o conservatoria.

Una vez constituido el tribunal arbitral, éste puede ordenar cuantas medidas provisionales o conservatorias estime oportunas, en las condiciones que determine y fijando incluso una multa coercitiva en caso de inejecución. Sin embargo, sólo la jurisdicción estatal es competente para ordenar embargos conservatorios o garantías judiciales. El tribunal arbitral puede modificar o completar la medida conservatoria o provisional ordenada por él.[80]

4. Plazo para laudar

En arbitraje interno el plazo para laudar, a falta de acuerdo contrario de las partes, es de seis meses. En el arbitraje internacional, los árbitros no tienen un límite de tiempo para llevar a cabo su misión, a menos que las partes lo hayan estipulado directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje o a una regla procesal.

---

79 Ver Sentencia de la Corte de Apelación de París de 1 de marzo de 2001, comentada por RACINE, J.B. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 584-596.

80 Arts. 1449 y 1468 del Código de Procedimiento Civil.

En estos supuestos y salvo si se ha pactado otra cosa, este plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes o en su defecto por el juez de apoyo.[81]

VI. Arbitraje de derecho y de equidad y derecho aplicable al fondo del litigio

1. Arbitraje de Derecho y de equidad

El tribunal arbitral debe juzgar conforme a Derecho, salvo si las partes le han confiado la misión de decidir en calidad de amigable componedor, es decir, en equidad.[82]

En el arbitraje de equidad las partes renuncian a los efectos y beneficios de la regla de Derecho, así como a exigir su estricta aplicación y facultan a los árbitros para moderar e incluso modificar[83] las consecuencias de las estipulaciones contractuales cuando la equidad o el interés común de aquéllas lo exigen.

Los árbitros de equidad no tienen la obligación de aplicar el Derecho, salvo, naturalmente, las reglas de orden público internacional, pero pueden inspirarse e incluso fundar su decisión exclusivamente en él, si explican la conformidad de la solución elegida con la equidad en aras a dar una solución más justa al litigio.[84]

También pueden moderar los derechos nacidos del contrato objeto de litigio y a este título descartar la estricta aplicación de las cláusulas contractuales, así como moderar o extender sus efectos, siempre que no se modifique la economía del contrato y motiven su decisión.[85]

2. Derecho aplicable al fondo del litigio

En el arbitraje de Derecho, como ordena el artículo 1511 del Código de Procedimiento Civil y conforme al principio denominado de autonomía, los árbitros

---

81 Arts. 1463 y 1506 del Código de Procedimiento Civil. Ver artículo de Jarrosson, Ch. y J. Pellerin citado en nota 24 *supra*.

82 Arts. 1511 y 1512 del Código de Procedimiento Civil. Ver Loquin, E. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fascículo 1038.

83 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 28 de noviembre de 1996, comentada por Loquin, E. *Revue de l'Arbitrage*, 1997, pp. 380-394.

84 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 2.ª Civil, de 15 de febrero de 2001, comentada por Loquin, E. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 135-146, y de la Corte de Apelación de París de 6 de noviembre de 2003, *Revue de l'Arbitrage* 2004, p. 438.

85 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 4 de noviembre de 1997, comentada por Derains, Y. *Revue de l'Arbitrage*, 1998, pp. 704-706.

deben aplicar las reglas de Derecho que las partes hayan elegido y, en su defecto, aquéllas que estimen apropiadas, teniendo siempre en cuenta los usos de comercio, entendidos como los usos y prácticas que se siguen habitualmente en una rama dada de actividad.[86]

Esta elección puede resultar de un pacto expreso de las partes o de la constatación de la voluntad implícita de éstas que se infiere de su actitud en el curso del procedimiento.

Las partes pueden, dentro de los límites impuestos por el orden público internacional, elegir las normas de Derecho que deseen, tanto estatales —en cuyo caso deben entenderse como referidas a su ley material y no a sus reglas de conflicto— como transnacionales, o sea la *lex mercatoria*, entendida como el conjunto de principios generales de Derecho y de usos concebidos y empleados el marco del comercio internacional avalados por jurisprudencias nacionales.[87] También pueden seleccionar normas distintas para diferentes cuestiones litigiosas,[88] «fijar» el contenido de la norma aplicable en un momento determinado, lo que permite descartar la aplicación de ulteriores cambios legislativos, y excluir la aplicación de determinadas normas.

Finalmente, a falta de elección de las partes, corresponde a los árbitros, con la misma amplitud que las partes, determinar las normas de Derecho que estimen apropiadas para resolver el litigio que les ha sido sometido, sin que para ello deban acudir a un sistema predeterminado de reglas de conflicto de leyes.[89]

VII. El laudo arbitral

1. Concepto

El laudo arbitral es el acto por el cual los árbitros se pronuncian de manera definitiva, en todo o en parte, sobre el litigio que les es sometido, ya sea en cuanto al fondo, ya sea en cuanto a la competencia o una cuestión procesal que les conduzca a poner fin

---

86 Ver De Boisseson, M. en la obra citada en nota 24 *supra*, pp. 645 y ss, y Gaillard, E. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fascículo 1070-1.

87 Ver Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de junio de 1993, comentada por Bureau, D. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 685-689.

88 Lo cual es conocido bajo el término «dépeçage» que puede ser traducido como «desmembración».

89 Ver De Boisseson, M. en la obra citada en nota 24 *supra*, p. 592.

a la instancia.[90] Los laudos pueden ser definitivos, de previo pronunciamiento o por acuerdo de las partes.[91]

2. Formación y condiciones de forma del laudo

En el arbitraje internacional, las partes disponen de un amplio poder de disposición sobre las reglas procesales aplicables al proceso de adopción del laudo y los requisitos que debe cumplir su redacción.

A. La formación del laudo

Antes de fallar, los árbitros tienen la obligación de deliberar[92] bajo pena de anulación del laudo por contrariedad al orden público internacional.[93]

Salvo si las partes acuerdan otra cosa, corresponde a los árbitros establecer la manera de deliberar y esta obligación se entiende cumplida cuando todos ellos han estado en medida de participar en las discusiones y en la elaboración del laudo.

Salvo si las partes acuerdan otra cosa, las deliberaciones de los árbitros son secretas, aunque su revelación no es motivo de anulación del laudo.[94]

Si no dice lo contrario el convenio arbitral, el laudo ha de ser aprobado por la mayoría de los árbitros y, si no hay mayoría, por el presidente del tribunal arbitral. La violación de esta regla supone un incumplimiento de la misión encomendada a los árbitros, sancionada con la anulación del laudo.

El laudo se presume dictado en el lugar de la sede del arbitraje y los árbitros pueden firmarlo por correo o por fax, al no tener obligación de estar físicamente presentes en dicho lugar.

---

90 Para un estudio sobre las condiciones que las decisiones arbitrales deben cumplir para ser consideradas como laudo, ver los comentarios de Chainais, C. a las sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª de 17 de junio de 2009 y de la Corte de Apelación de París de 29 de noviembre de 2007 y 3 de julio y 25 de septiembre de 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 741-763.

91 Para un análisis de la tipología de laudos, ver De Boisséson, M. en la obra citada en nota 24 *supra*. pp. 807 y ss., y Gaillard, E. *Juris-Classeur de Droit International*, fascículo 586-9-2.

92 Sobre la violación del deber de deliberación y sus consecuencias, Duprey, Pierre. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 364-375.

93 Art. 1520-5 del Código de Procedimiento Civil. Ver Sentencia de la Sala 2.ª de la Corte de Casación de 28 de enero de 1981, comentada por Fouchard, Philippe. *Revue de l'Arbitrage*, 1982, pp. 425-428.

94 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 17 de marzo de 2011, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 575-576.

B. Forma del laudo

El laudo debe constar por escrito y contener la firma de todos los árbitros, quedando entendido que si una minoría, o el resto de los árbitros en caso de laudos dictados por el presidente del tribunal arbitral al no alcanzarse la mayoría, se niega a firmarlo, el laudo debe mencionarlo sin que sea necesario precisar la causa.[95]

Por otra parte, salvo si las partes acuerdan otra cosa, el laudo debe identificar a los árbitros, a las partes y a sus abogados o a las personas que las hayan representado o asistido, mencionar la fecha y el lugar en el que ha sido dictado,[96] exponer, aunque sea de manera sucinta, las pretensiones de las partes y los motivos en los que se fundan[97] y, por último, motivar el fallo.

La exigencia de motivación no supone que los árbitros tengan que entrar en el detalle de las argumentaciones de las partes, ni hacer un razonamiento particular para cada uno de los argumentos invocados por ellas[98] y tampoco les obliga a mencionar el conjunto de las memorias y documentos aportados al proceso;[99] basta con que se explicite la decisión adoptada mediante un vínculo lógico,[100] es decir, que exista una relación lógica entre la decisión y los motivos.[101]

Tampoco es imprescindible que el laudo contenga una parte dispositiva donde conste el fallo arbitral, siendo suficiente que se exprese claramente la decisión de los árbitros para cada cuestión debatida.[102]

---

95 Art. 1513 del Código de Procedimiento Civil.

96 Estas menciones también poseen el valor probatorio del laudo, ver Sentencia de la Corte de Apelación de París de 30 de mayo 1995, comentada por KIFFER, L. *Revue de l'Arbitrage*, 1996, pp. 533-535.

97 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 30 de marzo de 2006, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 484-485.

98 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 5 de julio 1990, comentada por MOREAU, B. *Revue de l'Arbitrage*, 1991, pp. 359-362.

99 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 19 de octubre de 1990, comentada por MOREAU, B. *Revue de l'Arbitrage*, 1991, pp. 364-365.

100 El Juez de la anulación puede verificar la existencia real de motivación pero no la pertinencia de los motivos o que éstos sean contradictorios. Sentencias de la Sala 1.ª de la Corte de Casación de 11 de mayo de 1999, comentada por GAILLARD, E. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 811-816, y de 14 de junio de 2000, comentada por LÉCUYER, H. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 729-748, y de la Corte de Apelación de París de 8 de marzo de 2001, comentada por LEGROS, C. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 577-574.

101 Sentencia de la Sala 2.ª de la Corte de Casación de 25 de marzo de 1999, comentada por RACINE, J.B. *Revue de l'Arbitrage*, 1999, pp. 311-318.

102 Sentencia de la Corte de Apelación de París, Sala 1.ª C, de 20 de junio de 1996, comentada por BUREAU, D. y A. HORY. *Revue de l'Arbitrage*, 1996, pp. 655-660.

Finalmente —con independencia de la eventual subsanación cuando ésta resulta posible en el procedimiento de rectificación de laudo— el incumplimiento de unos u otros de estos requisitos no supone necesariamente la anulación del laudo en el arbitraje internacional.

Sin embargo, aunque el artículo 1520 del CPC no lo contemple expresamente, la ausencia de motivación del fallo podría constituir un supuesto de anulación del laudo por incumplimiento de la misión encomendada a los árbitros.

3. Efectos del laudo arbitral

Desde que es dictado, el laudo produce efectos de cosa juzgada limitada a las partes y al litigio que zanja.[103]

La autoridad de la cosa juzgada referida al laudo debe entenderse de manera amplia en el sentido de que no tiene que concentrarse necesariamente en el dispositivo del laudo, en el caso de que una parte del fallo pueda encontrarse en su motivación.[104]

Finalmente, y salvo si se requiere una interpretación, rectificación o complementación del laudo, con el pronunciamiento de éste los árbitros cesan en sus funciones.[105]

4. Interpretación, rectificación y complementación del laudo

Dictado el laudo, el tribunal arbitral puede, a instancia de parte, interpretar el laudo, rectificarlo reparando los errores y omisiones materiales de los que éste pudiera adolecer.[106] También puede completarlo si hubiera omitido fallar sobre alguna pretensión.[107]

---

[103] Art. 1484 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto. Con excepción de los laudos de previo pronunciamiento en materia de instrucción y medidas provisionales. Ver entre otras, Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de junio de 1982, comentada por Bernard, Th. *Revue de l'Arbitrage*, 1983, pp. 344-345. Sobre el efecto de cosa juzgada de los laudos arbitrales, ver Jarrosson, Ch. «L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales», *Procédures*, n.° 8, agosto 2007, Etude 17; Para los fiadores y obligados solidarios, ver los comentarios de Mignot, M. a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de marzo de 2005, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 456-468.

[104] Sentencia de la Corte de Apelación de Pau de 22 de febrero de 2001, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 287-288.

[105] Art. 1485 del Código de Procedimiento Civil.

[106] Arts. 1485-1 y 2 y 1486 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 1506 del mismo texto. Para un estudio sobre las condiciones y extensión de los poderes de los árbitros en estas materias, ver Garnier, N. «Interpréter, rectifier et compléter les sentences arbitrales internacionales», *Revue de l'Arbitrage*, 1995, pp. 565-579, y Ortscheidt, J. «Interpréter n'est pas juger». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010/1, pp, 213-218.

[107] Lo que excluye, en consecuencia, la posibilidad de rectificar un laudo que incurra en «*ultra petita*» o «*extra petita*».

La parte interesada tiene que formular su solicitud dentro de los tres meses siguientes a contar de la notificación del laudo y el tribunal no puede decidir sin haber dado a las partes la oportunidad de ser oídas.

Finalmente, salvo si las partes pactan otra cosa, el tribunal arbitral debe pronunciarse dentro de un plazo de tres meses contados a partir de dicha solicitud, plazo prorrogable por acuerdo de las partes o por decisión del Juez de Apoyo. El nuevo laudo debe ser notificado a las partes bajo la misma forma que el inicial.

VIII. Reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en Francia en materia internacional

Para poderlo ejecutar, el laudo debe ser objeto de una decisión judicial de reconocimiento y ejecución denominada auto de exequátur.[108]

El exequátur se tramita a través de un procedimiento no contradictorio instado por el interesado ante Tribunal de Primera Instancia del partido judicial en el que el laudo ha sido dictado. Se deben aportar el laudo y el convenio arbitral, en original o en copia, que reúna las condiciones exigidas para su autenticidad, así como una traducción en francés, cuando se trate de documentos redactados en otro idioma, traducción que puede ser privada, a no ser que se invite al demandante a presentar una traducción efectuada por un traductor jurado.[109]

Puesto que el objeto de este procedimiento es, simplemente, dar carácter ejecutorio al laudo, el juez del exequátur ha de limitarse a constatar la existencia «material» del laudo y a verificar que su reconocimiento y ejecución no son manifiestamente contrarios al orden público internacional.

Por ello, y a diferencia del control en anulación, no puede entrar a analizar la validez y extensión del convenio arbitral, la competencia de los árbitros, el cumplimiento de su misión o la manera en la que se ha desarrollado el arbitraje.[110] Además, el margen del que dispone para controlar la compatibilidad del laudo con el orden público internacional también es muy reducido, puesto que se circunscribe a las violaciones «manifiestas», es decir, graves y evidentes.[111]

---

[108] Arts. 1514 a 1517 del Código de Procedimiento Civil.

[109] Traductor que puede ser francés, o de otro país de la Unión Europea, de un Estado miembro del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la Confederación Suiza.

[110] PEYRE, J.C. «Le juge de l'exéquatur: fantôme ou réalité». *Revue de l'Arbitrage*, 1985, pp. 231-239, y BERTIN, Ph. «Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale». *Revue de l'Arbitrage*, 1983, pp. 281-293.

[111] Ver DE BOISSESON, M. en la obra citada en nota 24 *supra*, pp. 813 y ss.

El auto de concesión del exequátur queda reflejado en el propio laudo mediante la inserción de una declaración ejecutoria. En caso de denegación total o parcial, el Juez debe dictar un auto separado motivando su rechazo.[112]

El auto que concede el exequátur no es susceptible de recurso alguno. Hay una excepción: si las partes han renunciado al recurso de anulación contra el laudo, la parte interesada puede, dentro del mes siguiente a la notificación del Auto de Exequátur, recurrirlo en apelación ante la Corte de Apelación, pudiendo tan sólo invocar los motivos que cabe alegar en un recurso de anulación.

Los autos que deniegan el exequátur son susceptibles de apelación dentro del mes siguiente a su notificación. En tal supuesto, la Corte de Apelación se limitará a comprobar si la decisión arbitral cumple o no las condiciones antes comentadas para su reconocimiento y ejecución en Francia. Sin embargo, si una de las partes pide la anulación del laudo, la Corte de Apelación conocerá de dicho recurso, siempre y cuando el plazo para interponerlo no haya expirado.

La apelación contra el Auto de Exequátur se substancia conforme a las reglas relativas a los procedimientos contenciosos.[113] Al carecer el recurso de efectos suspensivos, el laudo que ha obtenido el exequátur puede ser inmediatamente ejecutado, aunque cabe solicitar su suspensión o la modificación de sus modalidades, conforme al procedimiento descrito en el capítulo siguiente relativo al recurso de anulación.

La desestimación de la apelación tiene por efecto conferir el exequátur al laudo o a sus pronunciamientos que no hayan sido censurados.

Finalmente, el reconocimiento del laudo también puede ser planteado por vía incidental en el marco de otro proceso en el que una de las partes pretenda hacer valer un laudo que no ha obtenido previamente el exequátur.[114]

IX. Recursos contra los laudos dictados en Francia en materia de arbitraje internacional

Contra los laudos internacionales dictados en Francia sólo caben dos tipos de recursos: el de anulación y el de revisión.[115]

---

[112] Art. 1517 del Código de Procedimiento Civil.

[113] Previstas en los arts. 900 a 930-1 del Código de Procedimiento Civil.

[114] Sentencia del Tribunal de Comercio de Nanterre de 5 de septiembre de 2001, comentada por Bureau, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 455-472.

[115] Arts. 1518 y 1506-5.º del Código de Procedimiento Civil.

1. El recurso de anulación

A. Motivos de anulación

Los motivos de anulación del laudo son varios y los detallamos a continuación. Se trata de una lista limitativa y de orden público sobre la cual las partes no tienen poder alguno de disposición.[116]

El tribunal arbitral se ha declarado, sin razón, competente o incompetente. Este motivo permite abordar cuestiones, tales como la posible inexistencia de convenio arbitral;[117] su eventual nulidad por vicio de consentimiento, falta de poderes o inarbitrabilidad; la caducidad por haberse laudado fuera de plazo;[118] su ámbito de aplicación;[119] así como el control de la decisión de los árbitros sobre su propia competencia, tanto si es positiva como negativa.[120]

El tribunal arbitral ha sido constituido irregularmente. Se contemplan, pues, los casos en los que la composición y la designación de los árbitros no se ajustan al procedimiento previsto por las partes —directamente en el propio convenio arbitral o en posteriores acuerdos, o indirectamente por remisión a un reglamento de arbitraje o a determinadas reglas procesales— o al contemplado por el Código de Procedimiento Civil.[121] Bajo este motivo también se fiscalizan aquellos supues-

---

116 Ver Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil de 6 de enero de 1987 comentada por Leboulanger, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1987, pp. 467-478, y de la Corte de Apelación de París de 7 de marzo de 2002, *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 771-772, y de 9 de octubre de 2008, comentada por Duprey, P. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 360-375. El error en la identificación del motivo de recurso no impide el control judicial del laudo por otros motivos. Ver Sentencia de la Corte de Apelación de París de 14 de noviembre de 1996, comentada por Derains, Y. *Revue de l'Arbitrage*, 1997, pp. 434-436, y de 25 de noviembre de 2010, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 987-988.

117 Sentencias de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 10 de julio de 1990, comentada por Moitry, J.H. y C. Vergne. *Revue de l'Arbitrage*, 1990, pp. 851-862, y de la Corte de Apelación de París de 16 de noviembre de 2006, comentada por De Boisseson, M. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 107-115, y de 11 de mayo de 2010, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 669-671.

118 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 17 de enero de 1984, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1984, pp. 498-503, y de 6 de marzo y 12 de junio de 2003, comentadas por Bensaude, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2004, pp. 887-905.

119 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 10 de marzo de 1988, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1989, pp. 269-279, y de 22 de mayo de 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 833-834.

120 Este último supuesto ya había sido consagrado por la jurisprudencia antes del Decreto n.º 2011-48: Ver Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 6 de octubre de 2010, comentada por Train, F.X. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 813-823.

121 Ver Capítulo IV.

tos en los que la constitución del tribunal arbitral ha vulnerado los principios de igualdad de las partes[122] y de imparcialidad e independencia de los árbitros[123] en sus diversas variantes.

El tribunal arbitral ha fallado sin conformarse a la misión que le ha sido confiada. Concierne los supuestos en los que los árbitros han resuelto sin conformarse a la misión encomendada, entendiendo como tal la obligación de pronunciarse sobre las demandas planteadas por las partes, juzgando en equidad o en Derecho según proceda y aplicando en este último caso la ley que las partes hayan podido elegir. Bajo este motivo, de interpretación estricta, se sanciona el laudo *infra petita,* que no se pronuncia sobre el conjunto de las pretensiones sometidas por las partes,[124] el *ultra petita* que lo hace sobre cuestiones no planteadas por las partes,[125] aquél en el que se ha juzgado en Derecho en vez de en equidad[126] o viceversa[127] o que ha aplicado una ley distinta de la elegida por las partes.[128]

No respeto del principio de contradicción. Este cuarto motivo sanciona la violación del principio de contradicción que ha de presidir el proceso arbitral,[129] entendiendo como tal el derecho de las partes de hacer valer sus argumentos y pretensiones de

---

122 Sentencias de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 7 de enero de 1992, comentada por Bellet, P. *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 471-482, y 8 de junio de 1999 y de la Corte de Apelación de Rouen de 3 de octubre de 1996, comentadas por Loquin, E. *Revue de l'Arbitrage*, 2000, pp. 116-127 y de la Corte de Apelación de París de 7 de octubre de 1999, comentada por Bureau, D. en la misma revista y año, pp. 288-298.

123 Sentencias de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 6 de diciembre de 2001, comentada por Gaillard, E. *Revue de l'Arbitrage*, 2003, pp. 1231-1247, y de la Corte de Apelación de París de 12 de febrero 2009, comentada por Clay, Th. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 186-205, y de 8 de julio de 1994 y 12 de enero de 1996, comentadas por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1996, pp. 428-441.

124 Cuando el derecho aplicable al procedimiento arbitral no permite subsanar dicha omisión recurriendo de nuevo a los árbitros. Es cuestión controvertida, debido a la ausencia de jurisprudencia clara al respecto; ver Nyssen, X. y S. Nataf. «L'infra petita Dans les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international». *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 783-800.

125 Sentencia de la Corte de Casación, 2.ª Sala Civil de 25 de marzo de 1992, comentada por Zollinger, L. *Revue de l'Arbitrage* 1992, p. 671.

126 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 9 de diciembre de 2010, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, pp. 277-278, y de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 25 de noviembre de 2007, comentada por Chantebout, V. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 99-108.

127 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 2.ª Civil de 30 de septiembre de 1981, comentada por Loquin, E. *Revue de l'Arbitrage*, 1982, pp. 431-438.

128 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de marzo de 1988, comentada por Fouchard, Ph. *Revue de l'Arbitrage*, 1989, pp. 269-279.

129 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 14 de junio de 2007, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 644.

hecho y de Derecho, de conocer y discutir los de su oponente[130] y los que el tribunal arbitral pudiera plantear *motu proprio*[131] y más generalmente ser oídas sobre cualesquiera actos procesales, hechos constatados y documentos aportados a los autos[132] y todo ello en tiempo útil para defenderse.[133]

El reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional. Por este quinto motivo se puede anular el laudo cuya ejecución o reconocimiento en Francia resultan contrarios al orden público internacional en su concepción francesa, es decir, el conjunto de las reglas y de los valores procesales y materiales que el orden jurídico francés no puede desconocer, incluso, en situaciones de carácter internacional.[134] En su vertiente procesal, se contemplan, entre otros, el principio de igualdad de las partes,[135] así como la prohibición del fraude, pero se excluyen otras cuestiones, tales como la motivación del laudo o la prejudicialidad penal.[136] En su vertiente material, el orden público internacional abarca, de manera especial, las normas de Derecho imperativo europeo y, en particular, el Derecho de la Competencia,[137]

---

130 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 21 de septiembre de 2006, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, p. 1079.

131 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 15 de mayo, 19 de junio, 16 de octubre de 2008 y 3 de diciembre de 2009, comentadas por CHAINIAIS, C. «L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre». *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 3-44.

132 Sentencia de la Corte de Casación, 2.ª Sala Civil, de 10 de noviembre de 1998, comentada por BETTO, J.G *Revue de l'Arbitrage* 1998, pp. 680-683.

133 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 15 de junio de 2006, comentada por GARAUD, J.Y. y C.H. DE TAFFINEN. *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 1002-1010.

134 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 20 de abril, 15 de junio y 14 de diciembre de 2000 y 14 de junio de 2001, comentadas por DERAINS, Y. y esta última igualmente por SERAGLINI, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 2001, pp. 806-820 y 773-803 respectivamente.

135 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.º de 7 de enero de 1992, comentadas por BELLET, P. y D. BUREAU. *Revue de l'Arbitrage*, 1992, pp. 470-482 y 659-653 respectivamente, y de la Corte de Apelación de París de 12 de junio de 2003, comentada por BENSAUDE, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2004, pp. 887-905.

136 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 9 de abril, 10 de septiembre de 2009, de 1 de abril, 17 de junio y 1 de julio de 2010, comentadas por DE BOISSÉSON, M. *Petites Affiches* de 23 de febrero de 2011, n.º 38, pp. 9-12, esta última también comentada por CALLÉ; P. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, n.º 1, pp. 129-138, y de 23 de mayo y 20 de junio de 2002, comentadas por RACINE, J.B. *Revue de l'Arbitrage*, 2002, pp. 971-992.

137 Sentencias de la Corte de Apelación de París de 22 de febrero de 2006, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2007, 1, p. 46 y de 22 octubre de 2009, comentada por TRAIN, F.X. *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 124-139, y RADICATI DI BROZOLO, L. «Arbitrage et droit de la concurrence: vers un consensus». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010, 1, pp. 181-199.

determinados principios fundamentales en materia concursal,[138] la usura[139] y la corrupción.[140]

El control judicial que opera bajo este último motivo se encuentra limitado por su objeto y su finalidad, así como por el momento en el cual debe ser apreciado.[141]

En el control judicial, al recaer sobre el laudo y no sobre el proceso arbitral, el juez no puede revisar el fondo del asunto ni, en consecuencia, cuestionar la calificación de los actos y documentos litigiosos hecha por los árbitros, la apreciación de los derechos de las partes con respecto a las normas de orden público invocadas o la pertinencia de su razonamiento jurídico.[142]

Por otra parte, siendo la finalidad del control judicial verificar que la recepción en el ordenamiento jurídico francés de la solución que el laudo ha dado al litigio, no vulnera el orden público internacional dando por válidas situaciones o prácticas que le resulten contrarias, este control no permite sancionar cualquier violación al orden público internacional sino tan sólo aquéllas que son flagrantes, efectivas y concretas.[143]

La violación debe ser apreciada con respecto al concepto de orden público internacional vigente en el momento en el que opera el control del laudo.[144]

---

138 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil de 6 de mayo de 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 438-439, y de la Corte de Apelación de París de 9 de abril de 2009 y de 8 de abril de 2010, *Revue de l'Arbitrage,* 2009, pp. 436-437 y 2010, pp. 961-963.

139 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 9 de junio de 1983, comentada por Vasseur, M. *Revue de l'Arbitrage*, 1983, pp. 497-506.

140 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de septiembre de 2009, comentada por Delanoy, L.C. *Revue de l'Arbitrage*, pp. 548-570.

141 El control judicial en sede de orden público es objeto de numerosos debates. Ver Delanoy, L.C. «Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions». *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 177-221 y Seraglini, C. «Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. V, pp. 198-220.

142 Para la jurisprudencia en la materia y las decisiones que se apartan de esta reglas, ver Delanoy, L.C. en el artículo citado en nota 141 *supra*, y los comentarios de Fadlallah, I. a la Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 4 de junio de 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 473-485.

143 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 23 de marzo de 2006, comentada por Bollée, S. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 100-108.

144 Sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 2 de octubre de 1989, comentada por Idot, L. *Revue de l'Arbitrage*, 1990, pp. 115-133.

B. Plazo, competencia y procedimiento

El recurso en anulación debe interponerse ante la Corte de Apelación del lugar donde el laudo ha sido dictado[145] y se substancia de acuerdo con el procedimiento ordinario.[146]

Este recurso puede ser interpuesto desde el momento en el que se dicta el laudo y lo más tarde, dentro del mes siguiente a su notificación, la cual puede tener lugar por el medio que las partes hayan convenido o, en su defecto, como es norma en el Derecho Procesal francés, por un fedatario público que ejerce una profesión liberal denominado «Ujier de Justicia». En este caso, si se notifica fuera de Francia metropolitana, el plazo de un mes deberá ser prorrogado con los plazos por distancia que prevé el Código de Procedimiento Civil.[147]

Cuando el recurso de anulación se interpone antes de que el laudo haya obtenido el exequátur, es posible solicitarlo directamente al Primer Presidente de la Corte de Apelación o al Magistrado encargado del seguimiento de las cuestiones procesales (denominado en francés, *Conseiller de la mise en état*).

C. Renuncia implícita, *estoppel* y uso abusivo del recurso

Se entiende que la parte que, con conocimiento de causa y sin motivo legítimo, se ha abstenido de denunciar en tiempo útil una irregularidad ante el tribunal arbitral, ha renunciado a invocarla como motivo de anulación del laudo.[148]

Aunque su consagración normativa no tuvo lugar hasta el Decreto n.º 2011-48, se trata de un principio reconocido desde hace tiempo por la jurisprudencia[149] y susceptible de ser aplicado en muchos de los supuestos de solicitud de anulación de laudos, salvo cuando la parte concernida no participó en el arbitraje,[150] como, por ejemplo, en casos de nulidad o inexistencia de convenio arbitral, vulneración del

---

145 Art. 1519 Código de Procedimiento Civil.

146 Art. 1527 del Código de Procedimiento Civil. Dicho procedimiento está contemplado por los artículos 900 a 930-1 del Código de Procedimiento Civil, según la redacción dada por el Decreto n.° 2009-1524 de 9 de diciembre de 2009.

147 Un mes en caso de notificación a departamentos y territorios de ultramar, y dos meses en caso de notificación al extranjero, art. 643 del Código de Procedimiento Civil.

148 Art. 1466 del Código de Procedimiento Civil.

149 CADIET, L. «La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale». *Revue de l'Arbitrage*, 1996, pp. 3-38.

150 Ver sentencia de la Corte de Apelación de París de 21 de enero de 2010, comentada por TRAIN, F.X. *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 339-346.

principio de contradicción,[151] laudo dictado fuera de plazo,[152] constitución irregular del tribunal arbitral[153] o irregularidades en el procedimiento arbitral.[154]

En paralelo la jurisprudencia también ha reconocido el principio del *estoppel* —entendido como la prohibición de contradecirse en detrimento de la otra parte[155] o de efectuar un cambio de la posición jurídica que pueda inducir a la otra parte en error sobre sus intenciones—[156] para descartar la anulación de laudos en supuestos tales como los dictados fuera de plazo o con un convenio arbitral inexistente o nulo.

Finalmente, conviene apuntar que la jurisprudencia sanciona de manera severa el uso abusivo del recurso en anulación.[157]

D. Renuncia al recurso de anulación

Una de las mayores novedades introducidas por del Decreto n.º 2011-48 es que las partes pueden renunciar al recurso de anulación en todo momento, tanto en el convenio arbitral como posteriormente mediante pacto expreso.[158]

Esta cláusula puede ser útil en aquellos arbitrajes internacionales con sede en Francia que no están llamados a ser ejecutados en territorio francés. Una vez dictado

---

151 Sentencias de la Corte de Casación Sala 2.ª Civil de 11 de julio, 21 de noviembre de 2002 y de 10 de julio y 20 de noviembre de 2003, comentadas por Bandrac, M. *Revue de l'Arbitrage*, 2004, pp. 283-302.

152 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 22 de mayo de 2008. *Revue de l'Arbitrage*, 2008, pp. 832-833.

153 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 8 de septiembre de 2005, comentada por Melget, M.F. *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 1022-1036.

154 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 18 de noviembre de 2004, comentada por Perreau-Saussine, L. *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 192-209.

155 Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 6 de julio de 2005, comentada por Pinsolle, P. *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 993-1010.

156 Sentencia de la Corte de Casación Sala 1.ª Civil de 3 de febrero de 2010, comentada por Mouralis, D. *Petites Affiches* de 22 de febrero de 2011, n.º 37, p. 12-14. y por Rosher, P. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011-1, pp. 119-128.

157 Sentencia de la Corte de Casación 1.ª Sala Civil de 9 de enero de 2007, comentada por Bensaude, D. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 471-481, y Lecuyer, H. «Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales: quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire». *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 573-589.

158 Art. 1522 del Código de Procedimiento Civil. Para un análisis de las condiciones y modalidades de este tipo de pacto ver Seraglini, Ch. «L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011». *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, pp. 375-398.

el laudo, la parte vencedora puede inmediatamente solicitar su reconocimiento y ejecución en el país que le interese sin tener que esperar a la resolución de un recurso de anulación interpuesto en Francia por la parte vencida.

Si el laudo tuviera que ser finalmente reconocido y ejecutado en Francia, se otorga a las partes el derecho de interponer recurso de apelación contra el auto que conceda el exequátur por los mismos motivos que se pueden invocar en un recurso de nulidad.[159]

E. Efectos del recurso en anulación

Con la reforma operada por el Decreto n.º 2011-48, el recurso de anulación contra los laudos internacionales carece de efectos suspensivos,[160] pero, a solicitud de parte interesada, el primer presidente de la Corte de Apelación o en su caso el magistrado encargado del seguimiento de las cuestiones procesales —si ya ha sido designado— pueden ordenar la suspensión de la ejecución del laudo o la modificación de las modalidades de ejecución si consideran que puede lesionar gravemente los derechos de una de las partes.[161]

La Corte de Apelación puede declarar la nulidad de todo el laudo o de parte de él si las cuestiones falladas no son indivisibles.[162] La desestimación del recurso de anulación supone el reconocimiento del laudo o de aquellas decisiones de éste que no han sido censuradas por la Corte de Apelación.

La sentencia de la Corte de Apelación es susceptible de ser recurrida en casación.[163]

Finalmente, la desestimación del recurso de anulación confiere automáticamente el exequátur al laudo o a las disposiciones que no hayan sido anuladas.[164]

---

159 *Vid*. Capítulo VIII precedente. Para una crítica de este sistema, ver los artículos de SERAGLINI, Ch. antes citado y de JARORROSSON, Ch. y J. PELLERIN citado en nota 24 *supra*.

160 Art. 1526 del Código de Procedimiento Civil. Según el art. 1496 del dicho Código, en materia de laudos internos sucede lo contrario: sólo cabe la ejecución provisional si ha sido concedida por el laudo o si lo decide así el Primer Presidente de la Corte de Apelación.

161 Para un análisis de esta nueva disposición, ver los artículos de SERAGLINI, Ch. y de Ch. JARORROSSON, y J. PELLERIN arriba citados.

162 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 2.ª Civil de 28 de febrero de 1990, comentada por PELLERIN, J. *Revue de l'Arbitrage*, 1991, pp. 654-655.

163 Art. 605 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

164 Art. 1527 del Código de Procedimiento Civil.

2. El recurso de revisión

El único recurso extraordinario que cabe contra los laudos dictados en Francia en materia de arbitraje internacional es el de revisión[165] con exclusión de cualesquiera otros recursos, como, por ejemplo, la casación o la *tierce opposition*, es decir, el recurso concedido a un tercero que no ha participado en el proceso y cuyos intereses se ven perjudicados por la decisión.

El recurso de revisión debe interponerse ante el propio tribunal arbitral dentro de los dos meses a contar del conocimiento de la causa de revisión y su legitimación activa queda reservada exclusivamente a quien ha sido parte en el arbitraje. Son causas de revisión el descubrimiento después del laudo del fraude cometido por la otra parte o la aparición de documentos esenciales ocultados por ella, o la declaración de falsedad de documentos o testimonios.[166]

En caso de admitirse el recurso, el tribunal arbitral vuelve a juzgar de nuevo sobre el fondo del asunto, o en su caso, sobre la parte del fallo concernido por la revisión.

X. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero

El procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en el extranjero es muy similar al de los laudos dictados en Francia en materia de arbitraje internacional.

Para ser reconocidos y ejecutados, estos laudos deben necesariamente someterse al procedimiento de exequátur descrito en el Capítulo VIII. Las condiciones de admisión, procedimiento y de control del laudo son las mismas, salvo el Juez competente, que en estos casos es siempre el Tribunal de Gran Instancia de París.[167]

El auto judicial que admite o deniega el exequátur puede ser recurrido en apelación dentro del plazo de un mes a contar desde su notificación[168] por los mismos

---

[165] Antes del Decreto n.º 2011-48, este recurso no cabía contra los laudos internacionales dictados en Francia. Sentencia de la Corte de Apelación de París de 15 de febrero de 2008, comentada por Callé, P. *Revue de l'Arbitrage*, 2009, pp. 158-167.

[166] Art. 595 del Código de Procedimiento Civil.

[167] Art. 1516 del Código de Procedimiento Civil.

[168] Por medio de «Ujier de Justicia» salvo si la providencia concede el exequátur, en cuyo caso el laudo con la declaración ejecutoria puede ser notificado por cualquier otro medio pactado entre las partes.

motivos que se contemplan para el recurso en anulación. La desestimación de la apelación tiene, igualmente, por efecto conferir el exequátur al laudo o a las disposiciones de este último que no hayan sido censuradas.

Hay que subrayar que la anulación del laudo por los tribunales del país de la sede del arbitraje[169] o la pendencia de un recurso en anulación[170] no son motivos para denegar o suspender[171] el reconocimiento del laudo.

En cambio, el reconocimiento de un laudo extranjero en Francia es motivo para oponerse al reconocimiento de cualquier nuevo laudo dictado en el mismo asunto, como consecuencia de la anulación en el extranjero del ya reconocido en Francia.[172]

XI. CONCLUSIÓN

Con el reciente Decreto de 13 de enero de 2011, el Derecho positivo francés del arbitraje ha efectuado una importante puesta a día contribuyendo con ello a garantizar las condiciones necesarias para que París continúe siendo una plaza importante del arbitraje internacional y es de prever que los tribunales aplicarán las nuevas disposiciones del Código con el mismo espíritu de apoyo y apertura al arbitraje del que siempre han hecho gala.

---

169 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª de 23 de marzo de 1994, comentada por JARROSSON, Ch. *Revue de l'Arbitrage*, 1994, pp. 327-336, de 29 de junio de 2007, comentada por PINSOLLE, Ph. *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, pp. 110-118, y de la Corte de Apelación de París de 29 de septiembre de 2005, comentada por MUIR WATT, H. *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 695-708.

170 Sentencia de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 10 de marzo de 1993, comentada por HASCHER, D. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 255-272.

171 Sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de junio de 2004, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 154-160.

172 Sentencias de la Corte de Casación, Sala 1.ª Civil, de 29 de junio de 2009, comentadas por GAILLLARD, E. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, pp. 507-522. Para el supuesto del reconocimiento de un laudo extranjero revocados por el árbitro por razón de fraude procesal de una de las partes y posteriormente sustituido por otro nuevo ver la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 17 de junio de 2010, comentada por BOLLÉE, S. *Revue de l'Arbitrage*, 2010, pp. 844-855, y DE BOISSÉSON, M. *Petites.Affiches*, 23 de febrero de 2011, pp. 9-12.

Grecia (Greece)

Niki K. Kerameus

Summary: I. Historical overview of the development of international arbitration in Greece.— II. Sources of the Law of International Commercial Arbitration.— III. The election of Greece as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 1.2.1. Substantive validity.— 1.2.2. Arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 1.1 Number of arbitrators.— 1.2. Qualifications of arbitrators.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to equal treatment and right to be heard.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals to pronounce provisional measures.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Type of provisional measures.— 4. Enforcement of provisional measures.— 4.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seated in Greece.— 4.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— 5. Challenge and appeal against provisional measures.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators.— F. The award.— 1. Decision-making process.— 2. Form, content and communication of the award.— G. Possible recourses against the award.— 1. Correction/interpretation of the award.— 2. Setting aside of the award.— 2.1. Grounds for requesting the setting aside of the award.— 2.2. Proceedings.— 2.3. Consequences of a successful setting aside application.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Historical overview of the development of international arbitration in Greece

In Greece, a general regime for arbitration was enacted in 1967 and was incorporated in the Greek Code of Civil Procedure («*GCCP*») through Law n.° 44/1967 and Legislative Decree n.° 958/1971.[1] The first time, however, that the term «international arbitration» *per se* appeared in a Greek legislative text was only in 1988 in Law n.° 1816/1988 concerning matters of secondary importance (such as the determination of the arbitrators' fees), and that despite the absence of a definition of the term in Greek legislative texts at the time. Greek law had, nevertheless, started being exposed to aspects of international arbitration and to foreign arbitral awards many decades earlier: art. 903 and 906 GCCP, pertaining to foreign arbitral awards, were enacted in 1967; several international conventions such as the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the ICSID Convention were ratified and incorporated into the Greek legal order as early as in the 1960s; and the notion of international arbitration served as a basis to numerous bilateral treaties on mutual recognition and enforcement of arbitral awards that were entered into several decades before that first apparition of the term «international arbitration» in 1988.[2]

Up until 1999, both domestic and international arbitration were subject to the same regime, that of the GCCP, though even by 1999 the GCCP contained only marginal and disparate provisions pertaining specifically to international arbitration. In 1999, Greece enacted a separate legal regime for international arbitration on the basis of the 1985 UNCITRAL Model Law («*Model Law*»),[3] Law n.° 2735/1999

---

1 Arbitration as an institution in Greece dates back to at least to the 8th century BC Homeric Epics. Through his epics, Homer revealed the tendency of ancient Greeks to trust the resolution of their disputes to eminent members of their society. See Calavros, C. *Arbitration law* (title transl. from Greek). Sakkoulas, 2011, pp. 73 *et seq*; see also Economopoulos, G. *Arbitration under the Greek law in force* (title transl. from Greek), Pyrsos, 1937, p. 103 *et seq*.

2 See Calavros, C. *Arbitration Law. Op. cit.*, at pp. 32-34; Koussoulis, S. *International arbitration in Greece in relation to the UNCITRAL Model Law* (title transl. from Greek). Sakkoulas, 1996, p. 21.

3 See Foustoucos, A. «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration» (title transl. from Greek), *Dikaio Epicheiriseon kai Etaireion («DEE»)*, 1999, pp. 701-704, at p. 702, explaining that it was decided to enact a separate legal regime for international arbitration on the basis of the Model Law, rather than remodel and modernize the entire Greek law of arbitration, as the latter was relatively recent and case law had already sufficiently processed issues pertaining to the law of arbitration.

(«*Law n.° 2735*»), thus, accepting «*a bifurcation of the Greek law of arbitration between an international and a domestic segment*».[4]

II. Sources of the Law of International Commercial Arbitration

Since 1999, the Greek Law of International Commercial Arbitration is based on the following sources:

(i) The main source is Law n.° 2735, which was enacted on the basis of the Model Law with certain limited departures from it, notably in areas where it was considered that Greek legislation and case law on arbitration matters were more advanced than the Model Law.[5] Law n.° 2735 applies exclusively to «international» arbitrations as defined in art. 1.2 (which mirrors the corresponding article of the Model Law)[6] and when the place of the arbitration is in Greece.[7] When these conditions are present, then the application of Law n.° 2735 is mandatory and the parties cannot opt for another *lex arbitri*.[8] Moreover,

---

4 Kerameus, K. «The new Greek law on international commercial arbitration». *Revue Hellénique de Droit International («RHDI»)*, 1999, pp. 583-585, at p. 584. The said article annexes a translation of Law n.° 2735 in English, by Koussoulis, S. and in French, by Dimolitsa, A. (pp. 586-621). See also Bashayreh, M. «Lex mercatoria and arbitration agreements: Perspectives from Greek and Jordanian law». *RHDI*, 2009, pp. 157-198, at p. 167, opining that «[t]he justification for Greece to offer a special treatment of international commercial arbitration may, therefore, be that it was felt that a pro-arbitration regulation is needed to encourage arbitration without disturbing the domestic regime with which the courts and practitioners have been familiar for quite a long time».

5 See Introductory Report to Law n.° 2735, *Kodikas Nomikou Vimatos*, 1999, pp. 1511-1513, at p. 1512.

6 Under art. 1.2 of Law n.° 2735, an arbitration is «international» if (i) the parties to the arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different states; or (ii) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: the place of arbitration (if determined in or pursuant to the arbitration agreement) or any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (iii) the parties expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

7 Art. 1-1 of Law n.° 2735 clarifies that the following articles apply even when the place of arbitration is not in Greece: art. 8 (on the obligation of Greek courts to refer the case to arbitration in the event of an arbitration agreement invoked by a party), art. 9 (on the possibility for Greek courts to rule on provisional measures related to the subject matter of the arbitration) and art. 36 (on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards).

8 Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary* (title transl. from Greek), Sakkoulas, 2004, p. 146.

the term international «commercial» arbitration is deemed to incorporate — in addition to purely commercial disputes— all international arbitrations that generally have a financial subject matter.[9]

(ii) A second source of Greek Law on International Arbitration is the GCCP and certain provisions contained therein, either directly (*i.e.*, provisions of the GCCP that pertain specifically to international arbitration such as art. 882.2 GCCP on arbitrators' fees) or indirectly when a specific issue is not regulated (or not fully regulated) in Law n.° 2735.[10]

(iii) Finally, international arbitration law also finds its source in international conventions ratified by Greece and incorporated into the Greek legal system —most importantly, the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards[11] and the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)—[12] as well as in numerous bilateral treaties signed by Greece.

III. The election of Greece as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

In Greek law of international arbitration the arbitration agreement is defined as «the agreement by which the parties submit to arbitration all or certain disputes that have arisen or that may arise between them from a legal relationship, whether contractual or not» (art. 7.1 Law n.° 2735).

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

Art. 7.2 of Law n.° 2735 explicitly provides that an arbitration agreement may appear in the form of an arbitration clause contained in a contract or in the form of a separate agreement.[13] In line with both, the 1985 Model Law and the 1958 New York Convention, art. 7.3 of Law n.° 2735 requires that the agreement be in writing,

---

9 *Id.*, p. 147.

10 KOUSSOULIS, S. *Arbitration law* (title transl. from Greek). Sakkoulas, 2006, pp. 17-18.

11 Ratified and incorporated into the Greek legal system through Legislative Decree n.° 4220/1961.

12 Ratified and incorporated into the Greek legal system through Compulsory Law n.° 608/1968.

13 Originally, Greek law only recognized as an arbitration agreement, the agreement formed *after* the dispute came into existence, while treating arbitration clauses on potential disputes as pre-

though there is a debate as to whether such written form is required *ad validitatem*[14] or *ad probationem*.[15] As an aside, it should be noted that if an arbitration agreement is signed by a person on behalf of another on the basis of a power of attorney, such power of attorney has to also be in writing and has to explicitly provide for the specific power.[16]

Further specifying the written form requirements, art. 7.3 provides that the agreement may be contained in a document that has been signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication (deemed to include electronic communications) that record the agreement. Even if a document recording an oral arbitration agreement was simply sent from one party to the other, and the recipient did not object within a reasonable period of time, then the requirement for a written agreement is deemed fulfilled (art. 7.4). This last provision particularly targets the situation of general terms contained in standard forms of contracts.[17]

There are two other elements that supplement the definition of the written form requirement of the agreement under Law n.° 2735:

(i) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement, provided that the reference is such as to render that clause part of the contract (art. 7.5). In other words, a simple mention of the contract containing the arbitration clause without any indication of incor-

---

liminary agreements, *i.e.*, agreements to agree on an arbitration agreement. See Koussoulis, S. *Arbitration law. Op. cit.*, at p. 20.

14 See *e.g.*, Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary. Op. cit.*, at p. 175.

15 See Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law» (title transl. from Greek), *DEE*, 1999, pp. 1249-1255, at p. 1253. (See also Dimolitsa, A. «Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage et la loi-type CNUDCI». *Revue de l'Arbitrage*, 2000, pp. 227-340, at p. 241). It should be reminded that the 2006 revised UNCITRAL Model Law offers a second option to national legislatures —with respect to the formal validity of the arbitration agreement— that discards the written form requirement (art. 7).

16 Art. 65.2 GCCP. For a general analysis of such requirement and for its distinction from the situation of an authorized organ of a company signing an arbitration agreement in the name of the company, see Makridou, K. «Issues of international commercial arbitration under the New York Convention and the 1996 Arbitration Act (Consultation)» (title transl. from Greek), *DEE*, 2011, pp. 644-655, at pp. 648 *et seq.* See also Kerameus, K., D. Kondylis and N. Nikas, *Code of Civil Procedure – Article-by-article* commentary (title transl. from Greek). Sakkoulas, 2000, pp. 135-136.

17 See Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1252.

poration of such contract, may not fulfill the requirement of art. 7.5.[18] On the other hand, there is no need for the reference to specifically mention the arbitration clause in question.[19] In contrast, art. 7.6, pertaining exclusively to bills of lading, states that when bills of lading explicitly reference an arbitration clause contained in a carriage of goods contract, then those constitute arbitration agreements.

(i) If the parties participate without reservation in the arbitral proceedings, any potential problems with the formal validity of their agreement are deemed cured (art. 7.7). In the same line of thought, art. 7.3 clarifies that when a party references the arbitration agreement in a submission, and the other party does not object to such reference, then a valid arbitration agreement is deemed to exist.

1.2. Substantive validity and arbitrability

1.2.1. Substantive validity

The substantive validity of the arbitration agreement is examined on the basis of the law chosen by the parties —expressly or implicitly—, and in the absence of such law, on the basis of Greek law (art. 34.2.aa Law n.° 2735). The legislator thus seems to assume that arbitration agreements have necessarily to be subject to a particular legal system and implicitly discards theories of «supranational» arbitration agreements, which have been flourishing in several countries, namely France.[20]

An implicit choice of the law applicable to the agreement can be deduced from the choice of the law applicable to the parties' main contract,[21] or the common reference of the parties to a particular law,[22] or the chosen place of the arbitration.[23] It has been rightfully argued that other elements deprived of a contractual component (*e.g.,* residence or nationality of the parties) cannot *alone* serve to indicate the implicit

---

[18] See KOUSSOULIS, S. *Arbitration law*. *Op. cit.*, at pp. 43-44, arguing in favor of a presumption in international arbitration that the parties meant to incorporate the arbitration clause contained in the referenced contract.

[19] KOUSSOULIS, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at p. 177. See also *e.g.,* Kilkis First Instance Court n.° 368/2010 (Applications of Civil Law («*ACL*»), n.° 12/2010) holding that an agreement signed by both parties that simply incorporated by reference non-signed general terms and conditions, including an arbitration clause, and that annexed such terms to the signed agreement, constitutes a valid arbitration agreement.

[20] See *e.g.*, BASHAYREH, M. *Op. cit.*, at pp. 183-184.

[21] Piraeus First Instance Court n.° 452/1991.

[22] Piraeus Court of Appeal n.° 278/1989.

[23] Athens Court of Appeal n.° 1466/1983, *Nomiko Vima («NoV»*, 1983, pp. 840-843, at p. 842.

choice of the parties, but can potentially be examined together with other elements to deduce such choice.[24]

1.2.2. Arbitrability

In conformity with the principle that arbitrability issues are regulated by the *lex fori* and not by the law applicable to the arbitration agreement, art. 1.4 of Law n.° 2735 refers the arbitrability of disputes to Greek internal law.[25] Under such law, it is first and foremost private law disputes that can be submitted to arbitration, including connected tort law claims,[26] provided that the parties have the power to freely dispose of the subject matter in question (art. 867 GCCP).[27] Accordingly, arbitration is forbidden in family law matters (*e.g.*, divorce, adoption, relations between spouses), matters regarding the protection of personality[28] as well as consumer-related matters.[29] Arbitration is also forbidden in labor law disputes, except for disputes between professionals or craftsmen or between them and their clients provided that they are of a commercial nature.[30] Moreover, disputes that can only be submitted before specific state authorities are also not arbitrable (*e.g.*, issues regarding the acceptance of trademark applications can only be submitted to the Trademark Committee), but any private law disputes deriving from such non-arbitrable matters (*e.g.*, claims for damages) can be submitted to arbitration.[31] Public law disputes can also generally be submitted to arbitration.[32] In particular, there was extensive debate as to tax disputes, which were finally ruled arbitrable.[33]

---

[24] Kerameus, K. & S. Koussoulis. «Applicable law and extent of the arbitration agreement (consultation)» (title transl. from Greek), *DEE*, 2006, pp. 25-28, at p. 26.

[25] For an analysis of the law applicable to arbitrability, see Mantakou, A. «The formation of the arbitration agreement in international transactions» (title transl. from Greek). Sakkoulas, 1998, pp. 234-242.

[26] See *e.g.,* Greek Supreme Court n.° 506/2010, n.° 1737/2009 (*ACL*, n.° 2/2010), n.° 550/1996 (*DEE*, 1997, pp. 734-735, at p. 734); Kerameus, K. & S. Koussoulis. *Op. cit.*, at p. 27.

[27] See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 4535/1998, *Elliniki Dikaiosyni («Ell. Dik.»)*, 2002, pp. 1445-1450, at pp. 1449-1450, ruling that disputes related to the religious community of the Christian Orthodox, issues of faith and tradition of the Holy icons and issues pertaining to religious freedom cannot freely be disposed of and thus cannot be submitted to arbitration.

[28] Kerameus, K. & D. Kondylis & N. Nikas. *Op. cit.*, at p. 1640.

[29] As per art. 2.7 of Law n.° 2251/1994.

[30] Art. 1.4 Law n.° 2735 and art. 867 GCCP.

[31] See Koussoulis, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at pp. 30-31.

[32] See generally Kerameus, K., D. Kondylis & N. Nikas. *Op. cit.*, at pp. 1641-1642; Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at pp. 5-6. However, disputes regarding the validity of an administrative act can only be resolved by the administrative courts (art. 95 Constitution). See Greek Council of State n.° 1199/2005, *Ell. Dik.*, 2005, pp. 1302-1303.

[33] Supreme Special Court n.° 24/1993, *Dike*, 1994, pp. 12-15.

The capacity of a party to enter into the agreement is examined under the law applicable to such party (art. 34.2.aa Law n.° 2735), *i.e.*, the law of the nationality of the person or the law of the seat of the entity. With respect specifically to legal persons of public law, those can enter into an arbitration agreement only in writing and following a consultation of the plenary session of the Legal Council of State, a decision of the Minister of Finance, as well as a decision of the relevant Minister,[34] unless the agreement is entered into with a foreign legal person or entity in which case there are no restrictions.[35]

2. Separability of the arbitration agreement

In line with well-established arbitration principles and with art. 16.1 of the Model Law, art. 16.1 of Law n.° 2735 firmly states the principle of separability of the arbitration clause from the contract in which it is contained. Consequently, any defects of the contract rendering it inexistent or invalid do not affect the validity of the arbitration clause contained therein, unless those defects directly impinge on the clause in question.[36] The principle of separability also extends to the applicable law of the clause, which can be different from the law governing the main contract.[37]

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

Though under Greek law the principle is that the arbitration agreement only binds the parties having signed such agreement, there are certain situations where exceptionally the arbitration agreement is extended to third parties. Such situations can generally be organized into three categories:

(i) The third party is a holder of a legal position that in substance is legally identical to that of a party to the agreement, *e.g.*, the general partner in a general partnership. The general partner is —under Greek law— liable for all obligations of the partnership and thus his legal posture is essentially identical to that of the partnership. As a result, an arbitration agreement signed by a general partnership extends to its general partner.[38]

---

34 Art. 49.1 Introductory Law to the GCCP.

35 Art. 8.1 Legislative Decree n.° 736/1970.

36 See KOUSSOULIS, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at p. 206; STAMATOPOULOS, V. «The separability of the arbitration agreement» (title transl. from Greek), *Dike*, 2008, pp. 1196-1201, at p. 1197. See also Greek Supreme Court n.° 1425/1999, *DEE*, 2001, pp. 405-406, at p. 406, holding that the renunciation of a contract does not necessarily entail renunciation also of the arbitration clause contained therein.

37 See KOUSSOULIS, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.,* at p. 206; STAMATOPOULOS, V. «The separability of the arbitration agreement». *Op. cit.,* at p. 1198.

38 See KOUSSOULIS, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at p. 45.

(ii) Slightly different is the situation of a third party holding a legal position that, though legally independent from that of the party to the arbitration agreement, in substance can equate to it under certain circumstances. For example, in a situation where the third party is a person shielded by the corporate veil of an entity having signed an arbitration agreement, and the conditions for piercing the veil of the signatory entity are met, then the third party could be found bound by the arbitration agreement signed by the entity.[39]

(iii) The third party constitutes a universal or specific successor of the party to an arbitration agreement.[40] In the event of a specific succession, the successor needs to have been aware of the arbitration agreement and, obviously, the parties to the agreement must not have provided against the extension in such a case.[41]

Issues regarding the extension of the arbitration agreement to third parties are regulated in principle by the law applicable to the agreement.[42]

4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)[43]

Art. 16.1 firmly establishes the principle of *Kompetenz-Kompetenz* in Greek law of international arbitration. The arbitral tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction, and that despite a contrary agreement of the parties.[44] The tribunal is,

---

39 See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 6815/1994, *Dike*, 1995, pp. 903-913; Vassilakakis, E. «Subjective limits to the validity of the arbitration agreement and lifting the corporate veil» (title transl. from Greek), *Civil Procedure Review («CPR»)*, 2010, pp. 24-38.

40 See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 1737/2009, *ACL*, n.° 2/2010, holding that an arbitration agreement extended to a third party that declared being the successor of one of the parties to the agreement. See also Thessaloniki Court of Appeal n.° 87/1999, *DEE*, 1999, p. 741.

41 See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 1400/2008, *CPR*, 2009, pp. 694-698.

42 Piraeus First Instance Court n.° 348/1995, *DEE*, 1995, pp. 1089-1090; but see Mantakou, A. «The formation of the arbitration agreement in international transactions». *Op. cit.*, at p. 288, arguing that such issues should be deemed as procedural and hence regulated by the *lex fori*.

43 For a detailed analysis of this issue see Dimolitsa, A. «The evolution and the continuing misunderstandings of *Kompetenz-Kompetenz* in arbitration» (title transl. from Greek), *DEE*, 1998, pp. 1181-1189; Dimolitsa, A. «Separability and *Kompetenz-Kompetenz*», *ICCA*, 1998 (Congress series n.° 9), pp. 217-256.

44 Under art. 8 of Law n.° 2735, Greek courts can also be called to rule *prima facie* on the existence, validity and applicability of an arbitration agreement, if a dispute potentially covered by its scope is submitted before a Greek court and in order to decide whether to refer the matter to arbitration. In such a case, an objection to the jurisdiction of the court on the basis of the existence of an arbitration agreement has to be set forth by the concerned party at the very first hearing of the court of first instance prior to any response of the party on the substance of the claim; otherwise, such objection is inadmissible. See *e.g.*, Piraeus Court of Appeal n.° 37/2010,

therefore, empowered to rule on whether it is indeed the jurisdictional entity designated by the parties, on whether the arbitration agreement is existent, on whether it pertains to a dispute that can be submitted to arbitration and appears in the required form and on whether the dispute submitted to the tribunal is indeed covered by the scope of the agreement. In accordance with art. 16.2, the deadline for submission of potential pleas by the parties that the tribunal is deprived of jurisdiction is the submission of the statement of defense, while potential pleas that the tribunal is exceeding the scope of its authority have to be submitted as soon as the matter alleged to exceed the scope of the tribunal's authority is raised during the proceedings. The tribunal is always empowered to accept late pleas, if it considers the delay justified (art. 16.2 Law n.° 2735).

A significant originality of the Greek law, when compared to the Model Law, is that it does not allow a party to challenge the tribunal's preliminary decision accepting jurisdiction; rather, such decision can *only* be challenged at the end of the arbitral proceedings as part of the final award.[45] Such a solution, deemed «*more 'revolutionary' and straightforward in the affirmation of the principle of 'Kompetenz-Kompetenz' than the respective original Article of the Model Law*»,[46] is certainly effective in preventing parties' delaying tactics.

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

1.1. Number of arbitrators

Similarly to the Model Law, the principle in Greek Law of International Arbitration is the *parties'* freedom to determine the number of arbitrators. There is no requirement that the number of arbitrators necessarily be odd, though in practice an even number of arbitrators is extremely rare. Art. 29 of Law n.° 2735, in fact, even provi-

---

Piraeus Court of Appeal n.° 101/2008. It should, however, be noted that Greek courts are sometimes criticized as going beyond a simple *prima facie* control of the existence, validity and applicability of the arbitration agreement and thus unjustifiably interfering with the arbitral resolution of the dispute. See *e.g.*, DIMOLITSA, A. Commentary on recent Greek case law on international arbitration, *DEE*, 2006, pp. 81-85, at pp. 82-84. The law applicable to the court's control of whether the submitted dispute is indeed covered by the scope of the arbitration agreement is debatable: the *lex fori*, the law applicable to the arbitration agreement or simply the wording of the agreement itself. See KERAMEUS, K. y S. KOUSSOULIS. *Op. cit.*, at p. 26.

[45] See *infra* Section III-G-2; see also DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1250 for a discussion of such solution.

[46] MANTAKOU, A. «General principles of law and international arbitration», *RHDI*, 2005, pp. 419-434, at p. 432.

des for the possibility that a majority cannot be reached, in which case the opinion of the presiding arbitrator prevails.[47]

Art. 10 of Law n.° 2735 provides that, absent an agreement of the parties on the number of arbitrators, the arbitrators shall be three. In the event of a multi-party arbitration, each side, *i.e.*, all parties representing a common interest or sharing the same rights and obligations, is allowed to appoint only one arbitrator.

1.2. Qualifications of arbitrators

As is the case in domestic arbitration law, there is no *ex lege* prerequisite with respect to the qualifications and qualities of the selected arbitrators.[48] Regarding specifically the nationality of the arbitrators, Law n.°2735 explicitly states that no person shall be precluded on such basis, unless otherwise agreed by the parties (art. 11.1). Moreover, in the event of selection of a practicing judge as arbitrator, such selection has to abide by the mandatory provisions of art. 871A GCCP. By way of example, it is provided therein: that a judge can be appointed only as sole arbitrator or as presiding arbitrator; that the nomination of a particular judge —by name or implicitly through his current or future position— as arbitrator is invalid (rather than nominating, for example, any judge from a particular court); and that the particular judge that will serve as arbitrator is drawn from a list of the courthouse containing all judges with at least five years of judicial experience.

2. Constitution of the arbitral tribunal

Law n.° 2735 clearly sets forth the principle of the parties' freedom to agree on a procedure for appointing the arbitrator(s) (art. 11.2). There is, however, one mandatory provision of the GCCP that applies in this respect, and that is the obvious interdiction to provide that a party will appoint an arbitrator also for the other party or that the parties can appoint an unequal number of arbitrators (art. 872 GCCP); any such agreement would be invalid.[49]

In the absence of an agreement of the parties on the appointment procedure, the procedure provided for by art. 11.4 of Law n.° 2735 comes into play. In accordance with that procedure, when the arbitral tribunal consists of three arbitrators,

---

[47] See *infra* Section III-F-1.

[48] It is obvious, however, that the designated person must not be partially or fully incapacitated, must not be deprived of his civil rights and must be impartial and independent (art. 12.1).

[49] On a related note, it was held that an agreement of the parties providing that, in the event of a dispute, one of them would have the option between arbitration and regular court proceedings while the other would not, was valid. Greek Supreme Court n.° 1428/2005, *DEE*, 2006, pp. 77-78.

each party appoints one arbitrator and the two arbitrators together appoint the third arbitrator (art. 11.4.a).

Law n.° 2735 provides for the limited interference of the competent Greek court —as defined by art. 6 of Law n.° 2735—[50] in the appointment procedure in the following instances:

– If the parties have agreed on an appointment procedure, the court of art. 6 can be petitioned by a party to take the appropriate measures: (i) if a party fails to act in accordance with the agreed procedure, or (ii) if the parties or two arbitrators are unable to reach an agreement that is required under such procedure, or (iii) if a third party fails to perform functions that have been assigned to it under the agreed-upon procedure (art. 11.3).

– In the absence of an agreement by the parties on an appointment procedure, the court of art. 6 can be petitioned by one of the parties (i) to appoint an arbitrator, if a party fails to appoint an arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment,[51] or (ii) in case of a one-member arbitral tribunal and in the inability of the parties to agree on such person, to appoint such sole arbitrator (art. 11.4).

When seized on such appointment issues, the court must first examine whether *prima facie* there is an arbitration agreement. The court then considers the qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties, in relation to the requirements of independence and impartiality, and in case of appointment of a sole or a third arbitrator, the court must also take into the account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties (art. 11.5). Any decision on appointment issues by the defined court of art. 6 is not subject to appeal (art. 11.6).

---

[50] Art. 6 designates the first instance court in the district of which the place of arbitration is located, and —in the event that such place has not yet been defined— the first instance court in the district of the domicile (or the residence) of the petitioner. If no such domicile or residence exists, then the Athens First Instance Court is the competent court to rule on such appointment issues.

[51] It has been argued that issues relating to the thirty day deadline (*e.g.*, commencement, expiration) are resolved in application of the law applicable to the arbitration agreement, as the appointment of an arbitrator is an obligation that the parties are deemed to have undertaken with the signature of the arbitration agreement. KOUSSOULIS, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at p. 190. It should also be emphasized that only the parties —and not the already appointed arbitrators— have the power to petition the court for the appointment of the third arbitrator.

3. Independence and impartiality of arbitrators

In accordance with what constitutes one of the most fundamental principles of international arbitration, Greek law requires that all arbitrators be impartial and independent, though the law does not provide any definition of such qualifications. Under art. 12.1 of Law n.° 2735, any person to whom the position of arbitrator is proposed, is obliged to disclose any element or circumstance that can give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. Such obligation burdens arbitrators throughout the arbitral proceedings (art. 12.1). Under Greek case law, an arbitrator has to be independent not only from the parties, but also from the facts that are set out before him and on the basis of which he is mandated to resolve the dispute. He must, thus, not use private information he has obtained from other sources during the resolution of the dispute, as any information collected privately has necessarily precluded the equal opportunities of the parties for influence of the evidentiary proceedings.[52]

Any violation of the disclosure obligation can lead to the challenge of the arbitrator and the termination of his mandate,[53] to the setting aside of the arbitral award[54] and can even potentially give rise to actions for damages against the arbitrator. In the event of violation of the disclosure obligation prior to the appointment, the foundation for an action for damages could theoretically be based on pre-contractual liability and the good faith requirement during negotiations (art. 197 Greek Civil Code «GCC»), while an action for a violation of such obligation after the appointment and during the arbitral proceedings could be based on contractual liability and the good faith requirement during the fulfilment of contractual obligations (art. 288 GCC).[55] An arbitrator, however, is only liable for wilful misconduct and gross negligence (art. 881 GCCP). In practice, actions against arbitrators are extremely rare.

4. Challenge of an arbitrator

An arbitrator may be challenged on two grounds only: (i) if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or (ii) if he does not possess qualifications agreed to by the parties (art. 12.2 Law n.° 2735). The right to challenge an arbitrator is subject to the general interdiction of abusive exercise of rights, embodied in art. 281 GCC. An illustration of such principle is mentioned in

---

52 Greek Supreme Court n.° 40/2010, n.° 714/1997 (*DEE*, 1998, pp. 1216-1217). Arbitrators can, however, base their reasoning on facts which, while not invoked by the parties, arise from the evidence submitted to them by the parties. See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 2471/2006, *DEE*, 2006, pp. 1294-1296.

53 See *infra* Section III-B-4.

54 See *infra* Section III-G-2.

55 See Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary. Op. cit.*, at pp. 193-194.

art. 12.2, forbidding a challenge against an arbitrator on the basis of facts of which the moving party was aware prior to the arbitrator's appointment.

The procedure for the challenge of an arbitrator can be freely agreed to by the parties, as per art. 13.1 of Law n.° 2735. In the absence of an agreement of the parties, art. 13.2 provides that the moving party has to send the arbitral tribunal a written application containing the reasons for the challenge within fifteen days of becoming aware of the constitution of the tribunal or of any circumstances referred to above as grounds for challenge. Unless the challenged arbitrator withdraws or the other party agrees to the challenge, the tribunal has to rule on the challenge within thirty days. If the application is rejected or if the arbitral tribunal does not rule on it within thirty days, the moving party may request from the competent court of art. 6 to rule on such petition within thirty days of receipt of notice of the decision rejecting the challenge or of expiration of the tribunal's deadline to rule on the challenge. Pending the application before the court, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and issue an award, unless the parties agree otherwise. The court's decision on the challenge is not subject to appeal.

What is noteworthy in Law n.° 2735 is that in case of successful challenge of an arbitrator (or of any other cause of termination of the arbitrator's mandate) and the appointment of a substitute arbitrator, the newly composed tribunal has to decide unanimously on whether the procedure will continue from the point where it was suspended or not (unless the parties agree otherwise) (art. 15). Such a provision constitutes an originality of the Greek legal system, not only because it is not provided for in the Model Law, but also because most arbitration rules do not require unanimity.[56] The risk of this provision of the Greek law is that it could provide a fertile ground for delaying tactics in a situation where the arbitrators are of questionable integrity.[57]

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

Pursuant to art. 19.1 of Law n.° 2735, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings, including of course all evidentiary aspects. The parties can, thus, select —and even tailor— the

[56] See *e.g.*, ICC Rules 2012, art. 15.4; UNCITRAL Arbitration Rules 1976, art. 14; AAA International Arbitration Rules 2009, art. 11.2.

[57] For a critical analysis of art. 15, see DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1253.

applicable procedural rules according to their specific wishes and needs. They can also choose the application of any institutional arbitration rules or any foreign law, the sole limits to the parties' autonomy being drawn by the mandatory provisions of Law n.° 2735, notably art. 18 on the equal treatment of the parties, art. 24.2 on the parties' advance notice of any hearing or evidentiary proceeding, and art. 24.3 on the service of communications.[58]

In the absence of an agreement by the parties on the procedural rules, art. 19.2 states that the tribunal determines the most appropriate procedure for the conduct of the arbitration, and decides on admissibility, relevance and weight of the evidence adduced.[59] It is argued that if there is indeed no agreement of the parties on the procedure and the arbitrators have already set such procedural framework, the parties should no longer be able to interfere with the selected framework in order to preserve legal security and predictability of the arbitration.[60] The arbitrators should in any event not detract from the provisions of Law n.° 2735 —be they suppletive or mandatory— in setting up the procedural framework of the arbitration.

2. Right to equal treatment and right to be heard

Art. 18 of Law n.° 2735 sets forth the parties' fundamental procedural rights. The parties are to be treated with equality and each party is to be awarded a full opportunity to present its case and submit its evidence. These two principles are functionally related and of central importance to the entire arbitral process, both aiming at safeguarding due process,[61] and cannot be waived by agreement of the parties.

The right to equal treatment is based on the constitutional right of equality (art. 4 of the Greek Constitution).[62] It guarantees that the parties have the same rights and obligations throughout the arbitral procedure,[63] while it binds both the arbitral tribunal and the actual parties participating in the proceedings. The right

---

58 Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at p. 216.

59 Law n.° 2735 thus distances itself from the dominant position in the *previous* regime according to which, in the absence of an explicit choice by the parties of the law governing the procedure, the latter was subject to the *lex fori*. See Zaglis, A. «The determination of the evidentiary procedure in International Commercial Arbitration» (title transl. from Greek), *Dike*, 2005, pp. 1333-1350, at p. 1345.

60 **Koussoulis**, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*, *op. cit.*, at p. 217; see also Zaglis, A. *op. cit.*, at pp. 1341-1342.

61 Dimolitsa, A. Commentary on Piraeus Court of Appeal n.° 1199/1995, DEE, 1995, pp. 1093-1094, at p. 1093.

62 For a detailed description of the right under the GCCP provisions, see Krameus, K., D. Kondylis & N. Nikas, *op. cit.*, at p. 235 *et seq.*

63 Greek Supreme Court n.° 40/2010.

to equal treatment covers not only the substance, but also all aspects of the arbitral procedure.[64] According to Greek case law, the parties are treated with equality if none of them acquires a special right not awarded to the others or if none of them is exempted from a procedural obligation imposed on all.[65]

The right to be heard is a constitutional right (art. 20 of the Greek Constitution) that is deemed a more specific application of the right to equal treatment.[66] The right to be heard under art. 18 of Law n.° 2735 is deemed to include the right of the party to present its case and to submit its evidence. According to Greek case law interpreting the content of the right to be heard in domestic arbitration, the above-mentioned right is respected (i) when each party is provided the opportunity to participate, after proper notice, in the arbitral proceedings, to submit facts, present arguments and adduce evidence before the arbitral tribunal, and (ii) when each party is provided the opportunity to be informed of the other party's claims in order to be able to rebut them.[67]

The violation by the arbitral tribunal or the parties of the right to equal treatment or the right to be heard constitutes per se a ground for setting aside the award under art. 34 as well as a ground for non-recognition and non-enforcement under the New York Convention.

3. Taking of evidence

In application of art. 19 of Law n.° 2735, the parties are free to agree on the manner in which evidence will be adduced to the tribunal, and in the absence of such agreement, the tribunal is the one to make such determination. The freedom in determining the applicable rules of evidence is not limited by the applicable substantive law; the parties, and subsidiarily the tribunal, always have the power to separately determine the applicable procedural rules.

Law n.° 2735 contains two specific provisions on the taking of evidence (aside from the general procedural rights to be heard and of equal treatment):

---

64 DIMOLITSA, A. Commentary on Piraeus Court of Appeal n.° 1199/1995. Op. cit., at p. 1093.

65 Greek Supreme Court 40/2010. As a further example, it has been held that there is no violation of the right to equal treatment if a party submits to the tribunal, after its request for arbitration, a second submission clarifying, supplementing and amending the relief sought under its request for arbitration. Greek Supreme Court n.° 1779/1999, *DEE*, 2001, p. 407.

66 For a detailed description of the right under the GCCP provisions, see KERAMEUS, K., D. KONDYLIS & N. NIKAS. *Op. cit.*, at pp. 238 *et seq*.

67 See *e.g.,* Greek Supreme Court n.° 40/2010, 1779/1999 (*DEE*, 2001, p. 407), 1304/1997 (*DEE*, 1998, p. 1215), 714/1997 (*DEE*, 1998, p. 1216).

(i) Pursuant to art. 26, unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal has the possibility to select and appoint one or more experts to report to it on specific issues under examination. Such experts must be fully impartial and independent of the parties. The arbitral tribunal may require a party to give the expert any related information or to submit or render accessible documents, goods or other property for inspection (art. 26.1.b), but the actual enforcement of such measures can only be ordered by the court.[68] The competent court is the court of justice of the peace of the district in which the taking of evidence will take place (art. 888.3.1 GCCP). The parties are free to question the experts (upon their own request or if the tribunal deems it necessary) and to present their own expert witnesses (art. 26.2), subject of course to a different agreement of the parties in this respect.

(i) Pursuant to art. 27, the arbitral tribunal or a party with the approval of the tribunal, may request from the competent court assistance in the taking of evidence. According to some views, such a right cannot be waived by agreement of the parties.[69] As above, the competent court is the court of justice of the peace of the district in which the taking of evidence will take place (art. 888.3.1 GCCP). In light of the principle of the limited intervention of state courts in the arbitral proceedings, an application requesting assistance from the court in the taking of evidence should theoretically only be admitted if the moving party demonstrates the impossibility to obtain the requested evidence from the arbitral tribunal and if the request fulfils the standard admissibility requirements.[70] It is generally considered that the involvement of the competent court in such arbitral evidentiary matters should be limited to the absolutely necessary, i.e., to situations where, absent such involvement, the arbitral procedure would not be able to continue.[71]

D. Provisional measures[72]

[68] Art. 888.1 GCCP —a mandatory provision— states that arbitrators cannot enforce sanctions or order compulsory measures for the taking of evidence, unless the arbitral tribunal is a court, *i.e.*, unless the arbitral tribunal is a one-member tribunal and the sole arbitrator is a judge (combined application of art. 888.1 and 871A.2 GCCP).

[69] See *e.g.*, Kousoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary. Op. cit.*, at p. 241.

[70] *Id.*, pp. 241-243.

[71] *Id.*, p. 241. It is argued that art. 27 should also apply when the requested measures have to take place abroad; in such case, the Greek court would directly request such measures from the foreign authorities. *Id.*, p. 243.

[72] For a general discussion of provisional measures in Greek international arbitration law, see Dimolitsa, A. «Provisional Measures in International Commercial Arbitration». In *Provisional Measures in Commercial Law* (title transl. from Greek), Nomiki Vivliothiki, 2005, pp. 389-409, at pp. 404-409.

1. Concurrent jurisdiction of state courts and arbitral tribunals to pronounce provisional measures

Under Greek law of international arbitration, state courts and arbitral tribunals have concurrent *jurisdiction* to pronounce provisional measures. Such a solution, first introduced by Law n.° 2735, is the opposite of that applicable to domestic arbitrations where arbitrators are not allowed to pronounce provisional measures.[73]

Indeed, under Law n.° 2735 and unless otherwise agreed in the arbitration agreement, the parties can request provisional remedies either from the arbitral tribunal or from the competent court of first instance. It is thus explicitly provided (i) that unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant provisional measures that it deems necessary relating to the subject matter of the dispute (art. 17.1), while it is also stated that (ii) the existence of an arbitration agreement does not prevent the competent Greek court from ordering provisional measures relating to the subject matter of the dispute before or after the commencement of the arbitral proceedings (art. 9).

Although the concurrent jurisdiction of state courts and arbitral tribunals seems absolute under the wording of Law n.° 2735, opinions have been expressed in favor of the limitation of such concurrent jurisdiction. Clearly, if the arbitral tribunal has not yet been constituted, the Greek courts enjoy exclusive jurisdiction to order provisional measures, particularly by reason of the potential difficulties that may arise during such constitution of the tribunal.[74] It has also been argued that if a petition for provisional measures has been brought before the arbitral tribunal or the court, then the jurisdiction of the other adjudicating body languishes in order to avoid complications of parallel proceedings and potentially contradicting decisions.[75]

2. Conditions for ordering provisional measures

Law n.° 2735 does not set forth any conditions for the ordering of provisional measures by the arbitral tribunal other than the necessity of the measure in relation to the subject matter of the dispute (art. 17.1). When provisional measures are ordered by the courts, then the two main conditions that have to be met are (i) an urgent case or an imminent danger, and (ii) the existence of an underlying substantive right requi-

---

[73] Art. 889 and 685 GCCP. See also DIMOLITSA, A. «Provisional Measures in International Commercial Arbitration». *Op. cit.*, at pp. 404-405 analyzing the difference of regime between domestic and international arbitration with respect to the arbitrators' powers to order provisional measures.

[74] KOUSSOULIS, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at pp. 104-105.

[75] *Id.*, p. 105. See also KOUSSOULIS, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at p. 185.

ring provisional protection (art. 688 GCCP), both conditions to be simply shown as probable (art. 690 GCCP).

3. Type of provisional measures

Law n.° 2735 does not impose any limitation as to the type of the provisional measures that can be ordered *by the arbitral tribunal*, and there is thus theoretically no reason for the tribunal to be limited to the provisional remedies available under the GCCP (art. 704 *et seq.*). Obviously though any measure that would contravene Greek public policy may not be enforced by the Greek court from which the enforcement of the arbitral order would be requested. When provisional remedies are ordered *by the courts*, then the potential pool of such measures is limited to that of art. 704 *et seq.* of the GCCP.

Specific mention should be made of provisional remedies that are enforced in the hands of third parties. In light of the fact that the arbitrators' powers derive solely from the arbitration agreement, they cannot order any such measures enforceable against third parties. Consequently, Greek courts enjoy exclusive jurisdiction for such measures.

4. Enforcement of provisional measures

4.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seated in Greece

Arbitral orders pronouncing provisional measures are not automatically enforceable (other, of course, than through the spontaneous implementation by the parties), as arbitrators lack *imperium*; they can only be enforced through a decision of the competent national court.[76] In order for the court to enforce such arbitral order, it first exercises a *prima facie* control of the arbitration agreement and examines whether the ordered provisional measures are against public policy. This procedure's end result is viewed as a «merger» of the arbitral order and the court decision.[77] What is particularly noteworthy is that, under art. 17.2, the competent court *may* (but does not have to) order the enforcement of the provisional measure pronounced by the arbitral tribunal, a solution that has been criticized for implicitly allowing a substantive revision of the order of the arbitral tribunal and not simply providing for the standard recognition and enforcement of arbitral awards under the New York Convention.[78]

---

[76] Art. 17.2 Law n.° 2735.

[77] As per the term of Kaissis, A. *in International Commercial Arbitration and Brussels Convention* (title transl. from Greek). Sakkoulas, 1985, pp. 61-62.

[78] Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735 on International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.,* at pp. 1253-1254; Dimolitsa, A. «Provisional

4.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

Under Law n.° 2735, nothing appears to prevent Greek courts from ordering the enforcement of provisional remedies in the context of an arbitration taking place abroad, assuming of course that Greek courts have international jurisdiction, under the GCCP, to examine such request.

5. Challenge and appeal against provisional measures

Law n.° 2735 only refers to the challenge of provisional measure decisions that are issued by courts —either petitioned to issue themselves such a measure or to enforce one already issued by the arbitral tribunal— and, in particular, provides that those may only be revoked or modified (art. 17.3). It appears obvious, however, that an arbitral tribunal may also revoke or modify a provisional measure order that it has issued itself. As to the question of whether an arbitral tribunal —the designated jurisdictional authority of the dispute— may revoke or modify a provisional measure decision issued by the court, the answer appears negative not only from the overall spirit of art. 17, but also from the very text of the Introductory Report to Law n.° 2735.[79]

There has been criticism over the drafting of art. 17 and, in particular, regarding the broad powers conferred to the Greek courts for the enforcement, modification and revocation of an order of an arbitral tribunal. The position set forth is that such powers seriously compromise the essence of art. 17.1 allowing the arbitral tribunal to pronounce provisional measures, while the route of seeking such measures from the courts in the first place appears much simpler and effortless.[80]

E. Law governing the merits of the case

1. Choice of law by the parties

Once again closely mirroring the Model Law, art. 28.1 of Law n.° 2735 states that the arbitral tribunal applies the rules of substantive law chosen by the parties, while such choice can be explicit or implicit. The parties' choice is not limited to the legal system of a particular country; rather the parties are free to choose substantive law

---

Measures in International Commercial Arbitration». *Op. cit.*, at pp. 405-406.

79 The Introductory Report to Law n.° 2735 states «*But the last word* [regarding the ordering of provisional measures] *rests with the state courts*», *Op. cit.*, at p. 1513. For a detailed analysis of art. 17.3, see DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1254.

80 See *e.g.*, DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1254.

rules from different legal systems, even rules that are no longer —or not yet— in force, rules derived from international texts or from the *lex mercatoria*.[81] Unless *expressly* agreed otherwise, the designation of the law or the legal system of a given state is deemed as directly referring to the substantive law of that state and not to its conflict of law rules, as per art. 28.1. The possibility, thus, of a «*renvoi*» is excluded.

Art. 28 also allows the parties to choose that the arbitrators decide the dispute as «*amiables compositeurs*», provided that such choice of the parties is express. It should be noted that Law n.° 2735 does not state both terms —*amiables compositeurs* and *ex aequo et bono*— included in the corresponding article of the Model Law, and one wonders whether this omission was deliberate, particularly in light of the fact that the two terms are not considered semantically identical.[82]

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

In the absence of a choice by the parties of the applicable law, the arbitral tribunal applies the substantive law determined by the conflict of laws rule that it considers most appropriate in the particular case (art. 28.2). Therefore, the arbitrators cannot directly choose a substantive law rule, a position that distances Greek law from other legal systems and from the international tendency allowing arbitrators to «directly» designate the applicable law.[83] Under art. 28.2, arbitrators can only choose a conflict of law rule and such a rule that is at least somewhat related to the dispute. Factors commonly taken into consideration by the arbitrators in determining the most appropriate conflict of laws rule are the nature of the dispute and the place of execution of the contract, while less commonly the nationality of the parties.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators

The sole limit to the freedom of the parties and arbitrators to designate the law governing the merits of the dispute is Greek international public policy.[84] Other

---

81 Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at pp. 245-246; Koussoulis, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at p. 134.

82 See Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1254; Koussoulis, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at pp. 135-136.

83 See Dimolitsa, A. «L'arbitrage international en Europe: Harmonie et diversité suite à la loi-type CNUDCI», *RHDI*, 2006, pp. 129-144, at p. 141; see also Petrochilos, G. «The arbitral resolution of international disputes». In *Law of international transactions* (title transl. from Greek), Nomiki Vivliothiki, 2010, pp. 1240-1313, at p. 1304.

84 For examples of rules that form part of Greek international public policy, see *infra* Section IV.

mandatory provisions of Greek law or «*lois de police*» do not, in principle, limit such freedom, unless of course such provisions are deemed part of the Greek international public policy.[85]

F. The award

1. Decision-making process

Under art. 29 of Law n.° 2735, if the arbitrators are more than one, then decisions are made by the majority, unless otherwise agreed by the parties. If a majority cannot be reached, then the opinion of the presiding arbitrator prevails, as per that same provision whose source of influence is to be found in the GCCP (art. 891) on domestic arbitration law.[86] Similarly to the Model Law, art. 29 also provides that questions of procedure may be resolved by the presiding arbitrator if so authorized by the parties or by all members of the arbitral tribunal.

As regards particularly awards issued under art. 30, *i.e.*, awards recording the settlement terms of the parties, Law n.° 2735 slightly distances itself from the Model Law. Indeed, Law n.° 2735 seems to state that the arbitrators have *the obligation* to issue such an award, if requested by the parties and provided that the content of the settlement is not contrary to public policy (art. 30.1), whereas the corresponding article of the Model Law —as well as most institutional arbitration rules— leaves the issuance of such award to the tribunal's discretion (art. 30.1 Model Law).[87]

2. Form, content and communication of the award

Closely mirroring the Model Law, art. 31 of Law n.° 2735 sets forth the conditions regarding the form of the award: (i) it has to be made in writing; (ii) it has to be signed by all arbitrators or by the majority of the arbitrators, provided that the reason for any omitted signature is stated (the parties may of course provide otherwise regarding the required signatures); (iii) it has to state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are required or the award contains the settlement terms of the parties as per art. 30; (iv) it has to state the date and place of the arbitration,[88] and the award shall be deemed to have been made at

---

85 KOUSSOULIS, S. *Arbitration Law*. *Op. cit.*, at p. 135, fn. 29.

86 See Introductory Report to Law n.° 2735. *Op. cit.*, at p. 1513.

87 For an analysis of such solution adopted by Law n.° 2735, see DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at pp. 1254-1255.

88 In accordance with international practice, such place of arbitration does not necessarily have to be the place where the various stages of the arbitral proceedings took place in fact.

that place. Moreover, unless the parties have agreed otherwise, it must also award the costs of the arbitration, including the parties' costs (*i.e.*, legal and other costs).[89] Aside from the conditions set forth in Law n.° 2735, it is considered that the award must in addition contain the elements listed under art. 892 GCCP, namely the full names of all arbitrators, the full names of all participants in the arbitral proceedings, the arbitration agreement on the basis of which the arbitration took place and the dispositive part.[90]

By the issuance of the final award, the arbitral proceedings are terminated (art. 32.1) together with the mandate of the arbitrators (art. 32.3),[91] and the award must be notified to the parties in accordance with art. 3.1 of Law n.° 2735, which states the means of notification of any written communication.[92] It is from the date of such notification that the three month deadline for requesting the setting aside of the award starts running, as per art. 34.3 of the Law.

G. Possible recourses against the award

Pursuant to art. 35.1 of Law n.° 2735, arbitral awards are not subject to appeal. Unless the parties have provided otherwise in their arbitration agreement —which is rare—, the arbitral award is final and binding from the date of its issuance (art. 35.2 Law n.° 2735). Parties desiring to challenge the award are, hence, left with only two possibilities: (i) to request from the arbitral tribunal the correction/interpretation of the award or (ii) to seek its setting aside before the Greek courts.

1. Correction/interpretation of the award

Law n.° 2735 affords the parties the possibility to request, within thirty days from the date of notification of the award,[93] that the arbitral tribunal (i) correct in the award any clerical, graphical or typographical errors or any errors of similar nature or (ii) provide an interpretation of a specific section of the award without alteration of the

---

89 Art. 32.4 Law n.° 2735.

90 See *e.g.*, Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.*, at pp. 256-257.

91 The only powers the arbitrators maintain following the issuance of the final award are those of correcting and interpreting sections of the award, as per art. 33 (see *infra* Section III-G-1).

92 Art. 3.1 of Law n.° 2735 provides that, unless agreed otherwise by the parties, any written communication is deemed to have been received when personally delivered to the addressee or when delivered to his place of business, his habitual residence or his mailing address. If the addressee cannot be found at any of the above after reasonable inquiry, then the communication is deemed to have been received if sent or transmitted to the addressee's last known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or by any other means.

93 The parties can agree to a different deadline (art. 33.1 Law n.° 2735), and the deadline can be extended by the arbitral tribunal (art. 33.3 Law n.° 2735).

dispositive part.[94] Such a request has to be notified to the other party, and the tribunal must rule on such request within thirty days from its receipt.[95] The arbitral tribunal may, on its own initiative, correct any of the errors mentioned under point (i) above within thirty days from the date of issue of the award.[96] It is important to note that the law carefully circumscribes the period during which an arbitral award can be subject to review and, therefore, vigilantly sets a limit to the parties' uncertainty.

Any correction or interpretation of an award is deemed incorporated in the final award and constitutes with it one global entity, in accordance with art. 894 and 320 GCCP.

2. Setting aside of the award

2.1. Grounds for requesting the setting aside of the award

Law n.° 2735 provides for the most part the same *mandatory* and *exhaustive* list of grounds for setting aside arbitral awards as the Model Law and as the grounds for refusing recognition and enforcement of the 1958 New York Convention. Greek law, hence, follows the international trend of attempting to align grounds for setting aside awards with grounds for refusing recognition and enforcement of foreign awards, in order to limit the chances of potential invalidity and inapplicability of arbitral awards and to dissociate as much as possible the effects of arbitration from the country of the seat of the arbitration.[97]

Specifically, art. 34.2 allows the setting aside of an award only if:

1) The moving party argues and proves:

   - that a party to the arbitration agreement was under some incapacity under the law applicable to that party, or that the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or under Greek law; or

---

[94] Art. 33 Law n.° 2735. This article is slightly different than the corresponding article of the Model Law (also art. 33) as the latter does not explicitly forbid the alteration of the dispositive part, though in practice it is probably unlikely that an interpretation of a section would lead to an alteration of the dispositive part. See DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1255.

[95] Art. 33.1.2 Law n.° 2735.

[96] Art. 33.2 Law n.° 2735.

[97] This is notwithstanding that the effect of a successful setting aside application (*i.e.*, the complete disappearance of the award and its effects from the specific legal system) is different from the failure of a recognition and enforcement application (*i.e.*, simply the non-recognition and non-enforcement of an award and not its invalidity).

- that it (the moving party) was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present its case; or

- that the arbitral award concerns a dispute that does not fall within the scope of the arbitration agreement or contains decisions on matters beyond the scope of the agreement, provided that if the decisions on matters covered by the scope of the agreement can be separated from those not covered, then the award can be set aside only as to the latter,[98] or

- the composition of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings were not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of a relative agreement, with Law n.° 2735.[99]

The competent court finds on its own motion:

- that the subject-matter of the dispute cannot be subject to arbitration under Greek law,

- the arbitral award is contrary to international public policy, as perceived under art. 33 GCC.

Moreover, the exercise of the right to a setting aside procedure is subject to the general good faith principle of art. 281 GCC. By way of example, courts have con-

---

[98] It is noteworthy that the Greek Legislature, by referring here to «arbitration agreement» and not to the broader term «submission to arbitration» (as in the Model Law) appears to have opted for a more restrictive approach for the setting aside grounds. See Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at pp. 1250-1251. Moreover, art. 34 does not appear to include in the potential grounds for setting aside the case of an *ultra petita* award, thus aligning Law n.° 2735 with Greek case law, which generally tends to exclude *ultra petita* judgments from setting aside grounds against the opposite international tendency. See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 906/1993; Dimolitsa, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1251.

[99] See *e.g.* Greek Supreme Court n.° 1713/2008 ruling that such ground for setting aside applied in a case in which the presiding arbitrator submitted to the other two arbitrators the text of the award already drafted and asked them to sign it, without any discussion among them as to such text of the award, while the presiding arbitrator also rejected the request of one of the arbitrators to complete the award with his dissenting opinion. It has also consistently been held that insufficient reasoning, erroneous interpretation or application of legal provisions and erroneous judgments by arbitrators do not *per se* constitute a basis for the setting aside of arbitral awards. See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 1273/2003, *Ell. Dik.*, 2004, pp. 415-417 at p. 415.

sidered abusive the bringing of such a procedure when the party in question did not invoke during the arbitral proceedings a flaw in the constitution of the arbitral tribunal or in the validity of the arbitration agreement that was known to it, thus creating a reasonable expectation of the other party that it will not invoke such ground for setting aside.[100]

It should also be noted that an *ex ante* waiver of the right to seek the setting aside of an award is null and void as per the explicit wording of art. 900 CCP, with the exception of an *ex ante* waiver agreement that has been ratified by law (in the context of public law contracts).[101]

Finally, it is noteworthy that only final awards can be set aside in accordance with art. 34 and not preliminary decisions on jurisdiction *per se*, as per art. 16.3 of Law n.° 2735. Such a solution, already introduced through case law,[102] distances Law n.° 2735 from the Model Law, which explicitly allows parties to seek the setting aside of such a preliminary decision on jurisdiction (art. 16.3 Model Law). The rationale for such variation of the Greek Law was most likely the avoidance of delaying tactics that disrupt the course of the arbitral procedure, such avoidance presumably deemed more important than the risk of an erroneous decision by the arbitrators on jurisdiction.[103]

2.2. Proceedings

An application for setting aside an award has to be submitted within three months from the date of notification of the arbitral award to the moving party (or, if a request for correction of the award has been submitted, then from the date of notification of such decision by the arbitral tribunal to that party).[104] Such an application for setting aside has to be submitted before the court of appeal in the district of which the arbitral award was issued, with a further possibility of a petition to the Supreme Court against the court of appeal decision.[105] There is no recourse under Greek law for the

---

100 See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 6652/1999, *Ell. Dik.*, 2000, pp. 782-786, at pp. 785-786.

101 Athens Court of Appeal n.° 2080/1982, *Dike*, 1983, pp. 3-5; Athens Court of Appeal n.° 9092/1992, *Ell. Dik.*, 1993, pp. 1532-1534.

102 Greek Supreme Court n.° 91/1993, *DEE*, 1996, p. 781.

103 See DIMOLITSA, A. «The differentiations of Law n.° 2735/1999 regarding International Commercial Arbitration from the UNCITRAL Model Law». *Op. cit.*, at p. 1250.

104 Art. 34.3 Law n.° 2735. There is no requirement, in international arbitration, for the notification of the award to have taken place through service of process by a court clerk under the provisions of Greek internal law, see Athens Court of Appeal n.° 5370/2009.

105 Art. 6.2 Law n.° 2735.

setting aside of foreign arbitral awards,[106] and as foreign arbitral awards are generally deemed those issued outside of Greece.[107]

It should be noted that, in accordance with art. 35.3 of Law n.° 2735, an application for setting aside does not automatically stay the execution of the award. A stay can be granted, upon request, by the court of appeal before which the setting aside application has been submitted, if the court considers probable the successful outcome of one of the setting aside grounds.[108]

2.3. Consequences of a successful setting aside application

A setting aside application that has been granted by the court leads to the retroactive disappearance of all effects —be they principal or accessory— of the arbitral award.[109] Thus, if a compulsory enforcement of the award has already taken place, then one can request the return to the previous situation.[110] Moreover, the dispute is re-submitted to the arbitrators for adjudication, unless the grounds for the setting aside pertained to the arbitration agreement or cannot be remedied by a new arbitration procedure.[111]

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Foreign arbitral awards are recognized and enforced in Greece pursuant to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards («*NY Convention*»). Indeed, art. 36 of Law n.° 2735 states that the recogni-

---

[106] As per Law n.° 2735 and very consistent case law. See *e.g.*, for two recent decisions in this respect, Greek Supreme Court n.° 11/2009 (*ACL*, n.os 8-9/2009) and Kilkis First Instance Court n.° 368/2010 (*ACL*, n.° 12/2010), both reiterating that foreign arbitral awards cannot be challenged before Greek courts; rather the intervention of Greek courts is strictly limited to the examination of a recognition and enforcement application.

[107] See art. 1.1 Law n.° 2735, but see Greek Supreme Court n.° 11/2009, *DEE*, 2010, pp. 1213-1217, at p. 1214, adopting the position that the criterion for whether an award is domestic or foreign is that of the procedural law applied. For a general discussion of the criteria for determining whether an award is domestic or foreign —both internationally and in Greece— see Kaissis, A. *Public policy aspects in the recognition and enforcement of foreign judicial and arbitral decisions* (title transl. from Greek). Sakkoulas, 2003, pp. 179-184.

[108] Art. 35.3 Law n.° 2735.

[109] Koussoulis, S. *Arbitration law. Op. cit.*, at p. 153.

[110] *Id.* and contrary opinion cited in fn. 106.

[111] See Calavros, C. «The revival of the arbitration agreement in the event of the setting aside of an arbitral award» (title transl. from Greek), *Dike*, 1987, pp. 241-260; Koussoulis, S. *Arbitration law. Op. cit.,* at pp. 153-154.

tion and enforcement of foreign arbitral awards is regulated by the provisions of the Legislative Decree n.° 4220/1961, which ratified the NY Convention.[112]

As a result, the recognition and enforcement in Greece of foreign arbitral awards is subject to the conditions of art. 4 and 5 NY Convention and is undertaken in accordance with the Greek procedural rules, as per art. 3 NY Convention. A party seeking to have a foreign arbitral award recognized and enforced in Greece has to submit an application before the single-member first instance court of the district where the debtor's domicile or residence is located; in the absence of such domicile or residence in Greece, the competent court is the Athens First Instance Court (art. 905.1, 906 GCCP). All that the application needs to contain is the arbitral award and the arbitration agreement (in originals or certified copies, all duly translated). The party opposing such recognition may invoke any of the grounds listed in art. 5 NY Convention, while the court may *on its own motion* refuse recognition and enforcement only if it rules that the subject matter of the dispute was not arbitrable under Greek law or that the recognition and enforcement of the award would be contrary to Greek international public policy (art. 5.2 NY Convention). The notion of Greek international public policy comprises both procedural and substantive public policy rules, perceived as the most fundamental principles and conceptions of the Greek legal system,[113] as well as the European legal system,[114] in accordance with art. 33 GCC.[115] A revision of the substance of the award is strictly forbidden,[116] while the relevant time for the assessment of whether the award is contrary to Greek interna-

---

[112] As a result of its ratification in 1961, the NY Convention prevails in the Greek legal order over contrary national legislation, as per art. 28.1 of the Greek Constitution, and applies subject to the condition of reciprocity, as per art. 2.1 of Legislative Decree n.° 4220/1961. However, Law n.° 2735 rendered the regime of the NY Convention of general application to *all* foreign arbitral awards, including awards issued in countries that have not ratified the New York Convention. *See* KOUSSOULIS, S. *Arbitration law*. *Op. cit.*, at p. 161. For a detailed description of the recognition and enforcement procedure in Greece under the NY Convention, see DIMOLITSA, A. «Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of New York Convention Awards – Greece». *ICC Bulletin*, 2008 Special Supplement, pp. 134-137.

[113] See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 11/2009.

[114] Such as art. 81.1 of the EU treaty and art. 14 of the European Convention on Human Rights. See Greek Supreme Court n.° 1665/2009, *DEE*, 2011, pp. 88-92.

[115] Greek courts generally apply a more stringent public policy standard to non-international arbitral awards rendered in Greece (resorting to art. 3 GCC in the context of setting aside procedures) than to foreign awards (resorting to art. 33 GCC). Legal commentators have, however, often requested an equality in the treatment of domestic and foreign arbitral awards. See *e.g.*, TSAVDARIDIS, A. «The evolution of case law in the Supreme Court control of arbitral awards (1996-2008)» (title transl. from Greek), *Civil Procedure Review («CPR»)*, 2009, pp. 569-577, at pp. 572-573.

[116] See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 29/2010; Greek Supreme Court n.° 1066/2007, *CPR*, 2008, pp. 68-74, at p. 69.

tional public policy is that of the date of submission of the petition for recognition and enforcement of the award.[117]

There is a debate as to whether the application for recognition and enforcement has necessarily to be served on the other party(ies) of the arbitration. As the procedural context in which such application is placed is that of non-contentious (*ex parte*) procedures in which the other parties do not need to be served, courts have found that similarly there is no such requirement in a recognition and enforcement application procedure either.[118] Such solution is, however, contradicted by other decisions[119] and opposed by legal doctrine[120] on the basis that the application of the NY Convention essentially requires the service of process to the other party(ies), given that the grounds of art. 5.1 of the NY Convention can *only* be set forth by such party(ies) and not by the court.

The decision of the first instance court can be appealed before the court of appeals and then before the Supreme Court (on the limited grounds of any appeal before the Supreme Court).

It should be noted that Greek courts have generally held a very favorable position towards foreign arbitral awards and have, thus, refused recognition and enforcement only in very exceptional cases. As a matter of example with respect to the public policy exception, it has been held that the insufficient reasoning of an arbitral award, or the erroneous interpretation or application of foreign legal provisions, or even the erroneous judgment of the substance of the dispute by the arbitrators, do not render the award contrary to Greek international public policy and hence do not constitute a ground to refuse recognition and enforcement of the foreign award.[121] Similarly, it was held that a foreign award issued by only two of the three arbitrators as the third, though having accepted his appointment and properly informed of the planned deliberations, refused to participate in those, is not contrary to Greek international public policy.[122] Moreover, the awarding of interest 0,4% per day, which exceeded the allowed interest in Greece,[123] and the awarding of very high arbitration costs (3/5

---

117 See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 6815/1994, *Dike*, 1995, pp. 903-913, at p. 906.

118 See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 29/2010.

119 See *e.g.*, Athens Court of Appeal n.° 5364/1987, *Ell. Dik.*, 1988, p. 1222; Thessaloniki Court of First Instance n.° 1292/2002.

120 See *e.g.,* Komnios, K. Commentary on Athens Court of Appeal n.° 29/2010, *ACL*, n.° 6/2010; Koussoulis, S. *Arbitration – Article-by-article commentary*. *Op. cit.,* at p. 295.

121 See *e.g.*, Greek Supreme Court n.° 11/2009, 1665/2009 (*DEE*, 2011, pp. 88-92).

122 Greek Supreme Court n.° 11/2009, *DEE*, 2010, pp. 1213-1217.

123 Greek Supreme Court n.° 1710/1997, *DEE*, 1998, pp. 1214-1215.

of the amount that was awarded in substance)[124] were also deemed to not constitute a violation of Greek international public policy and hence could not constitute a ground for the non-recognition and enforcement of the respective awards. To the contrary, however, it has been held that a foreign arbitral award cannot, for example, be enforced in Greece if it awards disproportionally high punitive damages,[125] or if it grants damages for lack of over-insurance,[126] both of which are not recognized under Greek law.

It should finally be noted that an award issued against a foreign state on issues not relating to the exercise of its sovereign powers, but rather relating to financial or commercial issues, can in principle be recognized and enforced in Greece.[127]

V. Conclusion

Greek law on international commercial arbitration has undoubtedly developed greatly in the last decade. Following the enactment of Law n.° 2735 in 1999, Greek law was equipped with a modern legal instrument dedicated to international arbitration; an instrument that —for the most part— allows Greek law to follow the international evolution of the field. Coupled with this normative development is also the further strengthening of the Greek courts' policy to protect and promote international arbitration. Such policy is most commonly revealed through the limited instances of setting aside of international awards issued in Greece, as well as of refusal of recognition and enforcement of foreign awards.

The horizon of progress is, however, always broad. There are numerous opportunities for further evolution of Greek international arbitration law and for its adaptation to the international developments of the field, namely through two channels. First, such opportunities for development lay with a possible amendment of Law n.° 2735 in light of certain vestiges from the past or debatable shortcomings contained therein: for example, the assumption that arbitration agreements must necessarily be subject to a particular national legal system and cannot be «supranational» as per the

---

[124] Greek Supreme Court n.° 1066/2007, *CPR*, 2008, pp. 68-74, unless if the arbitration costs are found to be excessive and disproportionate compared to the amount in dispute, see Greek Supreme Court n.° 2273/2009, *ACL*, n.° 11/2010.

[125] Greek Supreme Court n.° 1260/2002, *NoV*, 2003, pp. 1020-1021; VASILAKAKIS, E. «Enforcement of a foreign arbitral award awarding punitive damages» (title transl. from Greek), *DEE*, 2006, pp. 459-463.

[126] Greek Supreme Court n.° 6/1990, *NoV*, 1990, pp. 1321-1326.

[127] See generally KRIPPAS, G. «Recognition and enforcement of a foreign award against a foreign State» (title transl. from Greek), *DEE*, 2001, pp. 475-480.

international tendency gaining constantly ground; the interdiction for arbitrators to directly choose a substantive law as applicable law to the merits (in the absence of a choice by the parties) and the obligation for them to navigate through the cumbersome conflict-of-law rules; the questionable possibility to seek the setting aside of an award on *ultra petita* grounds; the lack of clarity as regards the respective boundaries of arbitral tribunals and courts when ordering or enforcing provisional measures. Second and more realistically (in light of the complexities associated with any legislative amendment), opportunities for further development of Greek international arbitration law lay with the judicial system. The main challenge is for the Judiciary to enhance familiarity with, and understanding of, the distinct regime of international arbitration, and to abstain from reverting to the regime of domestic arbitration when ruling on international arbitration issues or awards. In short, the Greek Judiciary is called upon to improve the flexibility of the system, to adapt it to the international evolution of the field and to tailor it to the needs of international trade.

Hungría (Hungary)

András Szecskay

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Hungary.— II. Sources of the law of international arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Hungary as the seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 2.1. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 3. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenging an arbitrator's position.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures (State courts and/or arbitral tribunals?) or Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Types of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Hungary.— 5.2 Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— 5.2.1. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals.— 5.2.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign State courts.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— 1.1. Grounds for challenging awards.— 1.2. Proceedings.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Hungary[1]

– *Early forms of arbitration (11th-18th centuries)*

Arbitration is mentioned in legal resources dating from as early as the 11th century, during the reign of King Stephen I (1000-1038), who was the first Hungarian king and founder of the Christian Hungarian State. In the 13th century it was customary for parties to have their disputes decided by «caught judges» (*fogott bírák*) instead of by ordinary courts. Non compliance with the «arbitration agreement» was sanctioned by fines. Later on in the 17th-18th centuries specific legal acts mentioned arbitration. These legal sources attached procedural consequences to the parties' arbitration agreement: in such cases, the normally available legal remedies were excluded. As medieval procedural law did not properly ensure the swift and professional solving of legal disputes, arbitration was a rather popular means of dispute resolution.[2]

– *Commercial arbitration in the 19th century*

It was in the 19th century that the notion of the «arbitration agreement» was first defined in similar terms to the current definition: «The litigant parties freely waive their right to the judge who is otherwise appointed by the law for the decision of the dispute and appoint as judges (*compromittunt*) by joint agreement certain people, *i.e.*, they confirm judicial power on these people».[3] Furthermore, the preconditions of arbitrability were determined by the 1852 provisional procedural rules. Finally, in 1868 an Act explicitly stated that arbitral awards were enforceable. It is also worth mentioning that the first permanent arbitration court was established in 1864 (the arbitration court attached to the stock and commodity exchange of Budapest).

– *Commercial arbitration in the 20th century*

The first comprehensive regulatory framework for arbitration was contained in the Code of Civil Procedure of 1911. According to these rules, a wide variety of legal disputes could be arbitrated, provided that the parties were free to dispose of the subject matter of the dispute. It was in this period when several permanent arbitration courts were established (*e.g.*, the arbitration courts attached to the chambers of commerce

---

1 For a general summary, see: Okányi, Zsolt. *Arbitration in Hungary in Domestic and International Matters*. Budapest, 2009; and, Horváth, Éva and Kálmán, György. *Nemzetközi eljárások joga–a kereskedelmi választottbíráskodás*. Budapest, 2005, pp. 99-103.

2 Fabinyi, Tihamér: *A választott bíráskodás*. Budapest, 1926, p. 35.

3 Geroch, Illés: *Honni törvény*, 1809. Quoted by Horváth, Éva and Kálmán, György. *Op. cit.*, p. 100.

and industry and to the chamber of engineers), including the establishment of an Arbitration Centre (*Választottbíráskodási Központ*) in 1933, which was a permanent arbitration court with general competence.

During the communist era, arbitration was severely restricted. The Code of Civil Procedure of 1952 («CCP») did not even contain any provision on arbitration; the rules on arbitration were rather exiled into the decree on the entry into force of the CCP. The scope of arbitrable disputes was also extremely narrow: arbitration was only allowed in international cases, i.e. where one of the parties was a foreign person or entity. It was only in 1972 that the rules of arbitration were implemented into the CCP. The new rules extended the scope of arbitrable disputes to domestic legal disputes, however only with the precondition that legal regulation explicitly allows for the arbitration of the dispute. In the following years, the scope of arbitrable disputes continued to broaden as several legal regulations allowed for arbitration in domestic cases. As an important step, the 1988 Companies Act allowed the members of an economic association to arbitrate corporate disputes that arose out of the company's memorandum of association.

– *The 1994 Arbitration Act*

In 1994, *i.e.*, five years after the economic and political change in Hungary, the Hungarian Parliament adopted the first Hungarian Arbitration Act, which is Act LXXI of 1994 («Arbitration Act»). This was the first Hungarian Act that provides an all-encompassing regulation of arbitration. In fact, this is the first arbitration act in the world to contain the rules of both domestic and international arbitration in the same act. The Arbitration Act regulates the proceedings of both the *ad hoc* arbitration tribunals and the permanent arbitration courts.

II. Sources of the law of international arbitration

A. Domestic sources

a) The Arbitration Act

The main legal source of international arbitration in Hungary is Act LXXI of 1994 on Arbitration. The Arbitration Act follows the UNCITRAL Model Law and entered into force on December 13, 1994. The Arbitration Act contains the general rules on arbitration and a chapter detailing the specific rules which apply to international arbitration proceedings. The Arbitration Act is very much influenced by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), both in its structure and system. The Hungarian legislator intended to deviate from the Model Law only where

the specialities of the Hungarian legal order so required.[4] Many of the Arbitration Act's provisions are dispositive, i.e. the parties are free to depart from those rules.

b) Other Acts

The other legal sources do not contain such general rules but rather authorize the establishment of permanent arbitration courts and provide for the possibility to arbitrate certain types of legal disputes:

a) Act CXX of 2001 on the Capital Market. On the basis of this Act,[5] the trade organizations of the exchange markets, credit institutions and investment firms jointly established —and jointly operate— the Money and Capital Markets Arbitration Court.

b) Act LXXXVI of 2007 on Electric Energy. On the basis of the Act,[6] the Hungarian Energy Office established the Energy Arbitration Court.

c) Act I of 2004 on sports. On the basis of this Act,[7] the National Sport Association operates the Arbitration Court for Sport.

d) Act XXXVII of 2001 on the market of school books. This Act[8] established the Arbitration Court attached to the National Bureau of School Book Market Contractors. However, in practice this arbitration court is not operational.

There are other legal sources which refer to arbitration proceedings. For example, Act IV of 2006 on Business Associations allows members of a company to include an arbitration clause into the company's instrument of constitution for certain types of legal disputes (legal disputes arising from or in connection with the corporate relationship between a company and its members, including former members excluded from the company, and the judicial review of the resolution adopted by the company's supreme body).[9]

It is important to note that the CCP does not generally apply to arbitrations.[10] However, it does apply to the ordinary courts' proceedings in arbitration related-matters, e.g. setting aside actions.

---

4 Governmental Explanatory Memorandum to the Arbitration Act (general explanation).
5 Section 376(1) of Act CXX of 2001.
6 Section 169(1) of Act LXXXVI of 2007.
7 Section 42(3)(f) of Act I of 2004.
8 Section 20(1) of Act XXXVII of 2001.
9 Section 10(2) of Act IV of 2006.
10 Arbitral Award 1999/9.

c) Rules of Proceedings

The permanent arbitration courts have their own procedural rules which govern the arbitration proceedings before those particular arbitration courts. The exception is the Arbitration Court attached to the National Bureau of School Book Market Contractors, which does not have any rules of proceedings because it is not operating.

B. International sources

Hungary is a party to the following international conventions relating to International Commercial Arbitration:

a) The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (promulgated in Hungary by Law-Decree no. 25 of 1962, the «New York Convention»). Decree n.º 12/1962 (X. 31.) of the Minister of Justice contains the detailed provisions for the application of the New York Convention.

b) The 1961 European Convention on International Commercial Arbitration (promulgated in Hungary by Law-Decree no. 8 of 1964, the «Geneva Convention»).

c) The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States (18 March 1965, promulgated in Hungary by Law-Decree 27 of 1987, the «ICSID Convention»).

Under Hungarian law, once an international treaty is promulgated with an Act of Parliament, it becomes part of the Hungarian legal order.[11] As such, it is directly applicable and binding on state organs and individuals as well.[12] International treaties which are promulgated with an Act of Parliament enjoy a supremacy over all other legislation (with the exception of the Constitution / Basic Law[13]).[14] This means that such treaties are ranked higher in the legislative hierarchy than any other Acts of Parliament or decree.[15] Law-Decrees have the same hierarchical ranking as Acts of Parliament.[16]

---

[11] Molnár, Tamás in Jakab, András (ed.). *Az Alkotmány kommentárja I.* Budapest: Századvég, 2009, p. 375.

[12] Boytha, György in Gyertyánfy, Péter (ed.). *A szerzői jogi törvény magyarázata*. Budapest: KJK, 2000, p. 540 and p. 681 of the 2nd Edition of 2006.

[13] As of January 1, 2012 Hungary has a new Basic Law instead of the Constitution (Act XX of 1949).

[14] Molnár, Tamás. *Op. cit.*, p. 376.

[15] Sári, János in Kukorelli, István (ed.). *Alkotmánytan I*. Budapest: Osiris, 2007, p. 101.

[16] Decision of the Constitutional Court n.º 7/1994 (II. 18).

C. Role of EU law

Hungary has been a Member State of the European Union since May 1, 2004 and, as such, is subject to EU law. Generally, EU law does not contain any harmonization regarding international arbitration proceedings. However, the European Court of Justice's («ECJ») decision in the *West Tankers* case[17] may be important regarding the enforcement of anti-suit injunctions. The case concerned the interpretation of Council Regulation (EC) n.º 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters («Brussels I Regulation»). Although arbitration is explicitly excluded from the scope of the Brussels I Regulation, the ECJ held that it is incompatible with the Regulation for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the grounds that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement.

III. The election of Hungary as the seat of arbitration

A. The arbitration agreement

According to the Arbitration Act, «arbitration agreement means an agreement of the parties to submit their disputes, which arose or may arise between them in respect of a specific contractual or other relationship, to arbitration».[18] An arbitration agreement can be concluded as part of another contract or in the form of a separate agreement, and can contain a clause providing for either an *ad hoc* or a standing arbitration tribunal.[19] Since the arbitration agreement is in effect an agreement, consent of the parties is necessary for it to come into existence.[20]

It is also possible to include an arbitration clause in general (standard) terms: reference in a written contract to a document containing an arbitration clause shall be treated as an arbitration agreement, if, according to the reference, the arbitration clause contained in the document comprises an integral part of the contract.[21] However, according to court practice, arbitration clauses qualify as «unusual» contract terms and therefore the other party must be warned and explicitly accept the term, otherwise the arbitration clause does not become part of the parties'

---

17 Case n.° C-185/07. Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA *vs.* West Tankers Inc.

18 Section 5(1) of the Arbitration Act.

19 Section 5(2) of the Arbitration Act.

20 This precondition is supported in Hungarian court case law, *e.g.*, in case n.º EBH 2007. 1705.

21 Section 5(5) of the Arbitration Act.

agreement.[22] In case of an *ad hoc* arbitration, the notification shall encompass those features of the proceedings which substantially deviate from the provisions of the Arbitration Act.[23]

Finally, any allegation made by one of the parties in a statement of claim that an arbitration agreement was in fact concluded between the parties, will also be construed as an arbitration agreement made in writing, provided that the other party does not refute this in its answer to the claim.[24]

1. Validity of the arbitration agreement

The formal and substantive validity of the arbitration agreement may only be examined once it can be established that the parties concluded the arbitration agreement, i.e. the arbitration agreement exists.

1.1. Formal validity

Arbitration agreements must be made in writing. Any agreement that has come into existence through an exchange of letters, telegrams, through telex, or by any other means of correspondence between the parties that permanently records the parties' messages, shall be construed as an agreement made in writing.[25]

It is an interesting question whether a signature is required for the «written» form of arbitration agreement under the Arbitration Act. Within the scope of the application of the HCC, a signature is considered by the case-law of Hungarian Courts as a precondition of the «written» form.[26] However, the Arbitration Act contains a specific (*sui generis*) definition of written form. The definition encompasses means by which no signature is possible (e.g. telegram, telex) and it considers every form of communication which permanently records the parties' messages as a written form. Based on the principle of *lex specialis derogat legi generali*, the correct answer therefore seems to be that a signature is not necessarily required for an arbitration agreement to be «in writing».

---

22 See cases n.º BH 2001.131, n.º EBH 2003. 875 and n.º EBH 2007. 1624.

23 Case n.º EBH 2007. 1624.

24 Section 5(4) of the Arbitration Act, which is similar to Art. 4 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Waiver of the right to object.

25 Section 5(3) of the Arbitration Act.

26 XXV. PED (Civil Law General Guideline), Subsection 38(2) of Law-Decree n.º 11 of 1960, n.º BH 2006, 324.

1.2. Substantive validity and arbitrability

Disputes may be settled by way of arbitration instead of by lawsuits before ordinary courts if:

a) At least one of the parties is professionally engaged in business activities and the legal dispute is in connection with this activity; furthermore

b) The parties may dispose freely of the subject-matter of the proceedings; and

c) Arbitration was stipulated in an arbitration agreement.

The Arbitration Act does not define the term «business activity» but merely prescribes that one of the parties should be professionally engaged in such an activity and that the dispute is in connection with this. «Business activity» shall be construed in the widest sense, encompassing all kinds of commercial activities.[27]

In the absence of the above requirements arbitration may be stipulated nonetheless if permitted by law.[28]

The types of proceedings governed by Chapters XV-XXIII of the CCP[29] cannot be the subject of an arbitration and neither can any cases where the settlement of a legal dispute within the framework of arbitration is not permitted by law.[30]

Furthermore, two recent Acts introduced severe restrictions on arbitrability:

First, pursuant to the new Act on National Assets, only the Hungarian language, Hungarian law and the exclusive jurisdiction of the Hungarian courts —with the exception of arbitration courts— can be stipulated in civil law agreements concluded regarding any 'national assets' located within the borders of Hungary.[31]

Among others, the following assets qualify as national assets: (i) tangible assets that can be owned exclusively by the state or local government; (ii) any tangible

---

27 Governmental Explanatory Memorandum to Sections 3-5 of the Arbitration Act.

28 Section 3 of the Arbitration Act.

29 These proceedings are: Matrimonial Proceedings, Other Actions for the Establishment of Paternity and Origin, Termination of Parental Custody, Placement Under Guardianship or Conservatorship, Duties of the Court in Connection with Order for Payment Procedures, Administrative Actions, Actions, for Media Remedy, Actions Relating to Contracts of Employment and other similar legal relationships.

30 Section 4 of the Arbitration Act.

31 Section 17(3) of Act CXCVI of 2011 on national assets.

assets; (iii) financial assets and securities; (iv) any valuable rights and interests owned by the state or local government.[32]

The above provisions do not apply to agreements that were concluded before the adoption of the Act on national assets. However, the Act expressly sets forth that the extension of a legal relationship will qualify as the conclusion of a new civil law agreement.[33]

Second, a very recent amendment of the Arbitration Act[34] introduced two further limitations to parties' freedom to enter into and enforce arbitration agreements:

a) Any kind of dispute pertaining to national assets located within the borders of Hungary or any right or claim related to such a national asset (not only contractual) are excluded from arbitration;[35]

b) In the case of a legal dispute arising out of a contract between parties, all of which have their seats (or in the lack of seat, a branch office) in Hungary, where the contract is governed by Hungarian law and where the dispute relates to an in rem right in or lease of a real property situated in Hungary, only a permanent Hungarian arbitration court may have competence. The arbitration court shall apply its own rules of proceedings and the language of the proceedings shall be Hungarian.[36] These two restrictions are applicable toproceedings initiated on or after June 14, 2012.[37] Practically, this means that prior arbitration agreements may not be enforceable under Hungarian law.

The above mentioned recent restrictions to arbitrability included in the Act on National Assets were severely criticized and challenged before the Constitutional Court.[38]

---

32 Section 1(2) of Act CXCVI of 2011 on national assets.

33 Section 17(1) of Act CXCVI of 2011 on national assets.

34 Act LXV of 2012 on the amendment of Act LXXI of 1994 on Arbitration and Act IV of 1959 on the Civil Code.

35 Section 4 of the Arbitration Act, as amended by Act LXV of 2012.

36 Section 2(3)-(4) of the Arbitration Act, as amended by Act LXV of 2012.

37 Section 4(2) of Act LXV of 2012.

38 Kecskés, László and Péter, Tilk: «A választottbírósági kikötés hazai jog szerinti tilalmának Alaptörvénybe, illetve nemzetközi jogba ütközése» [The incompatibility of the Hungarian law prohibition of arbitration clauses with the Basic law and public international law]. In *Európai Jog*, vol. 2012/2.

2. Separability of the arbitration agreement

The Arbitration Act provides for the principle of separability within the context of the existence and validity of the arbitration agreement and the principle of *Kompetenz-Kompetenz*: «The arbitration tribunal will make its own decision concerning its jurisdiction, including deciding over any objection with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. In this context, any arbitration clause included in a contract will be treated as an agreement independent from all other terms of the contract. Any decision of the arbitration tribunal declaring a contract null and void will not in itself entail the invalidity of the arbitration clause».[39]

A strict application of the doctrine of separability would mean that if a party assigns its rights arising from a contract, the assignment would not affect the arbitration agreement contained in the contract. However, this would mean that arbitration agreements could be circumvented by assigning the rights to a third party. This is probably the reason why, according to the practice of the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, assignment of the rights under a contract also encompasses the arbitration clause in the contract (see below under «Extension of the arbitration agreement to third parties»).[40]

2.1. Extension of the arbitration agreement to third parties

Under certain circumstances, arbitration agreements may be «extended» to third parties. The published decisions of Hungarian state courts and arbitration courts cover three types of cases where the question of extension was raised.

a) Sureties

With a contract of suretyship, the surety assumes the obligation of performance in the obligee's favour if the obligor does not perform its obligation.[41] Sureties are therefore collateral obligors that guarantee the performance of an obligation of one of the parties. If the underlying main agreement contains an arbitration clause, but the agreement on the collateral obligation (i.e. the suretyship) does not, it is questionable whether the collateral obligor may be forced to arbitrate and join the obligor as co-respondent. In an award from 1997, the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry stated that the arbitration agreement concluded by the obligee and the obligor does not affect the agreement concluded

[39] Section 24(1)-(2) of the Arbitration Act.
[40] Case n.º VB/00188.
[41] Section 272 of the HCC.

between the parties and the surety (the collateral obligor).[42] Therefore, the same formal requirements will apply to (and must be fulfilled by) both agreements irrespective of the fact that they are closely connected. It must therefore be emphasised that, as per the current court practice, in the case of a collateral agreement securing the performance of the obligation under another contract, an arbitration clause will have to be incorporated into the collateral agreement irrespective of the fact that an arbitration clause exists with respect to the secured main contract.

b) Assignees

In the case of an assignment, the assigning party assigns its rights arising from a particular legal relationship to another party.[43] If one of the contracting parties assigns its right (and only its rights) arising from an agreement that contains an arbitration clause, it then becomes questionable whether the assignee is entitled or obliged to arbitrate. According to an award of the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, in this case the assignee will have exactly the same rights as the assignor, including the right to arbitrate disputes.[44] Although the assignee was not a party to the original agreement and therefore did not sign it, it should nevertheless be regarded as the legal successor of the assignor with respect to its contractual rights. This fully justifies the existence of the «arbitration agreement» between the assignee and the other contracting party. Obviously this approach is contrary to the doctrine of separability but does fulfil the practical need to prevent parties from escaping an arbitration clause by assigning their rights under the main contract.

c) Party «approving» the agreement

In a recent case, the Metropolitan Court held that a governmental body approving a contract may be bound by the arbitration clause contained in the contract.

3. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)

The Arbitration Act acknowledges the principle of competence-competence when it provides that the arbitral tribunal will make its own decision concerning its jurisdiction, including deciding over any objection with respect to the existence or validity

42 Case n.º VB/95113.
43 Section 328(1) of the HCC.
44 Case n.º VB/00188.

of the arbitration agreement.[45] However, the arbitral tribunal's decision establishing its own competence is subject to judicial review by the ordinary courts.[46]

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

According to the Arbitration Act, certain restrictions apply concerning the members of a tribunal.[47] Any persons (i) under twenty-four years of age; (ii) barred from public affairs by final court verdict; (iii) placed under guardianship or conservatorship by final court decision; or (iv) sentenced to imprisonment by final court verdict, until exonerated from the detrimental consequences of having a criminal record; may not serve as an arbitrator.

The parties of an arbitration proceeding are free to determine the number of arbitrators, although such a number should be odd. If the parties fail to determine the number of arbitrators either in the arbitration clause or before the initiation of the arbitration proceeding, then there will be three arbitrators.[48]

Please note that the rules of proceedings of the permanent arbitration courts may differ from the above provisions. In the course of this chapter, when analysing rules of proceedings we always refer to the Rules of Proceedings of the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry («HCCI Rules of Proceedings»), because it is one of the main permanent arbitration courts in Hungary.

In accordance with the HCCI Rules of Proceedings, the Arbitration Court —for the purpose of informing the clients— compiles a Roll of Arbitrators and makes it public. The Assembly of the Delegates of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry establishes the Roll of Arbitrators from among those persons who command the legal, economic and other knowledge necessary for the resolution of legal disputes by arbitration. The Roll of Arbitrators is drawn-up for a three-year period and will include at least 25 and at most 120 persons. The arbitrators may each be re-elected for further three-year terms. The Roll of Arbitrators may and does in fact include Hungarian and foreign nationals alike. The Roll of Arbitrators shall contain the given and family name, the profession, qualification, degree, academic title and language skills of each arbitrator.[49]

---

45 Section 24(1) of the Arbitration Act.
46 Section 25 of the Arbitration Act.
47 Section 12 of the Arbitration Act.
48 Section 12 of the Arbitration Act.
49 Article 4 of the HCCI Rules of Proceedings.

2. Constitution of the arbitral tribunal

Subject to certain statutory provisions contained in the Arbitration Act, the parties may freely agree on the procedure for the appointment of the arbitrator or arbitrators. In the event that in the course of the appointment procedure agreed upon by the parties: (i) either party breaches any provision of the arbitration agreement; (ii) the parties or the arbitrators fail to reach an agreement expected of them under such a procedure; or (iii) a third party —including an organization— fails to perform any of the tasks conferred upon it under such a procedure, then either party may request the competent county court to take the necessary measures for the appointment.[50]

In accordance with the above, if required the competent county court can appoint any member of the arbitration tribunal and will ensure that all the requirements set out in the agreement of the parties concerning the arbitrator's qualifications are duly observed, along with all other considerations, with a view to securing the appointment of an independent and impartial arbitrator.[51]

In the event that the parties fail to determine the procedure for appointing the arbitrator or arbitrators, then —in the case of a tribunal consisting of three members—[52] each party will have the right to appoint one arbitrator, and then the two appointed arbitrators shall appoint the third arbitrator together. In the event that either party fails to appoint its own arbitrator within thirty days calculated from the receipt of the other party's request to do so, or if the two party-appointed arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days calculated from their appointment, then the third arbitrator is appointed —upon the request of any of the parties— by the competent county court. If the arbitration tribunal consists of more than three arbitrators, the missing arbitrator can be decided upon by the appointed arbitrators by majority vote. If the tribunal consists of a sole arbitrator and the parties fail to agree on the identity of that arbitrator then he or she will be appointed upon the request of either party by the competent county court.[53]

The arbitrator communicates his or her acceptance of the appointment by written notice addressed to the parties. The arbitrator's signature of the document on his appointment will be regarded as acceptance of his or her appointment.[54]

---

50 Section 15 of the Arbitration Act.

51 Section 16 of the Arbitration Act.

52 In accordance with Section 12 of the Arbitration Act, if the parties fail to determine the number of arbitrators then the number of arbitrators shall be three.

53 Section 15 of the Arbitration Act.

54 Section 17 of the Arbitration Act.

In accordance with the above, pursuant to the Rules of Proceedings, if the arbitrators appointed by the parties elect a presiding arbitrator not included on the Roll of Arbitrators, they must notify the Presidium of the Arbitration Court for approval thereof, indicating the reasons for such an election.[55]

It should be noted that the appointment of an arbitrator whose residence is abroad will only be valid if the party appointing such an arbitrator advances them the travel and accommodation expenses within the time limit determined by the Arbitration Court. If the party-appointed arbitrators elect a presiding arbitrator whose residence is abroad and the respondent fails to advance the travel and the accommodation expenses requested by the Secretariat —that is 50% of the total costs— then the arbitral tribunal will request that the claimant advance the amount instead. If the claimant fails to comply with the request, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings.

The practice of the Supreme Court refers to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration when deciding on questions of conflict of interest —see below at point G.1.(v)—. What is more, the Energy Arbitration Court adopted guidelines for conflicts of interest which are based on the IBA Guidelines.

3. Independence and impartiality of arbitrators

In accordance with the Arbitration Act, all arbitrators shall be independent and impartial. None of the arbitrators may be considered as representative of the parties. Consequently, arbitrators cannot accept any instructions in their official capacity and must be fully committed to confidentiality with regard to all the information that they have received in the course of discharging their responsibilities. The arbitrators must declare the above in written form once they are appointed to be a member of a tribunal.[56]

In line with the above, the person proposed or appointed as an arbitrator must immediately disclose to the parties any circumstance that is likely to give rise to justifiable doubts as to his lack of prejudice, independence or impartiality, unless they have already been informed beforehand.[57]

4. Challenging an arbitrator's position

A challenge may be exercised for the disqualification of an arbitrator only in the event of a certain circumstance that is likely to give rise to justifiable doubts as to his or her

[55] Article 18 of the HCCI Rules of Proceedings.
[56] Section 11 of the Arbitration Act.
[57] Section 17 of the Arbitration Act.

lack of prejudice, independence or impartiality, or if the arbitrator in question does not have the qualifications agreed upon by the parties. A party may only challenge an arbitrator that it has appointed, or in whose appointment it has participated, regarding reasons it learned about after the appointment of the arbitrator in question.[58]

The parties are free to determine the procedure for challenging an arbitrator. In the lack of such an agreement between the parties, the party who intends to challenge an arbitrator must send a written statement containing the reasons for the challenge to the arbitration tribunal within fifteen days after being informed of the composition of the arbitration tribunal or after learning about the circumstances outlined above. If the challenged arbitrator refuses to resign, or if the other party does not agree to the challenge, the arbitration tribunal must decide on the challenge.[59]

If the challenge under the procedure prescribed above did not succeed, the challenging party may request, within thirty days of receiving notice of the decision rejecting the challenge, the competent county court to adjudge the challenge. While such a request is pending, the arbitration tribunal —including the challenged arbitrator— may continue the arbitration proceedings and may even adopt a decision.[60]

The Supreme Court in one of its published decisions outlined that such a proceeding is a non-contentious procedure and therefore there is no legal remedy (appeal or request for extraordinary review) against the decision of the competent county court.[61]

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

Subject to the provisions of the Arbitration Act, the parties are free to agree on the rules of procedure to be observed by the arbitration tribunal. The parties may even stipulate the use of the rules of procedure of a permanent arbitration court. In the event that the parties fail to agree on the above, the arbitration tribunal may determine the rules of procedure at its own discretion.[62]

Unless the parties agree otherwise, the arbitration proceedings are not public.[63]

---

58 Section 18 of the Arbitration Act.
59 Section 19 of the Arbitration Act.
60 Section 20 of the Arbitration Act.
61 Case n.º EBH 2000. 344.
62 Section 28 of the Arbitration Act.
63 Section 29 of the Arbitration Act.

The parties are also free to agree on the language to be used in the course of the proceedings. In the lack of such a decision by the parties, the Hungarian language will be used. The language stipulated to be used in the course of the proceedings will be used for any statements of the parties, in hearings, for the awards and decision and for any other communication by the arbitration tribunal.[64]

The parties may also freely agree on the place of arbitration. Failing such an agreement, the place of arbitration will be determined by the arbitration tribunal with due consideration to the circumstances of the case. A permanent arbitration court will conduct its proceedings at the place registered in the charter documents as its seat. However, the arbitration tribunal may —unless otherwise agreed by the parties— convene at any place for consultation among its members, for hearing the parties, witnesses or experts, as well as for inspecting physical evidence and documents.[65]

In international cases the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry functions as a permanent arbitration court. An arbitration proceeding is treated as international if either:

a) The parties to the arbitration agreement have their registered offices or places of business in different States at the time of the conclusion of the agreement; or

b) If one of the following places is situated outside the State in which the parties have their registered office (place of business): (i) the place of arbitration as determined in the arbitration agreement; (i) any place where a substantial part of the obligations originating from the relationship between the parties is to be performed, or to which the subject-matter of the dispute is most closely linked.[66]

As far as hearings and written proceedings of the tribunal are concerned, the following provisons are outlined. The arbitration tribunal will hear the parties and will give them the opportunity to submit their petitions. The arbitration tribunal will hear the witnesses and experts present; however, it cannot impose a fine or apply any means of coercion regarding the appearance of witnesses. All statements submitted to the arbitration tribunal by one party must be communicated to the other party. Furthermore, any expert report or evidentiary document upon which the arbitration tribunal may rely in making its decision must be communicated to the parties.[67]

---

64 Section 30 of the Arbitration Act.
65 Section 31 of the Arbitration Act.
66 Sections 46-47 of the Arbitration Act.
67 Section 34 of the Arbitration Act.

2. Right to be heard and right to equal treatment

In the course of arbitration proceedings the parties must be afforded equal treatment, and each party will be given the opportunity to present his case.[68]

In one of its decision, the Supreme Court outlined that the right to be heard is not violated by the sole fact that a party could not answer the final submission of the other party, provided that the submission in question did not contain any additional argumentation.[69]

However, the respondent's right to be heard is violated if the arbitration tribunal bases its award on factual and legal grounds that were not presented at all by the claimant and therefore prevents the respondent from having the chance to present its relevant standpoint.[70] Thus, the arbitration tribunal will inform the parties if it detects *ex officio* that the agreement subject to the arbitration proceeding is null and void irrespective of the fact that under Hungarian law the nullity of an agreement should be taken into consideration by the courts *ex officio*.[71]

3. Taking of evidence

As a general rule, the claimant must present its claim, the facts supporting it and the disputed questions within the time limit prescribed by the parties or by the arbitration tribunal, while the respondent will present his statement of defense relating thereto. The parties may agree as to the required elements of such statements and pleadings. The parties may also submit, together with their statements and pleadings, all other documents which they consider being relevant to the case, or may refer to any document or other evidence which they plan to submit.[72]

Concerning expert evidence taking, the following provisions shall apply. If any special expertise is required in the proceedings of the arbitration tribunal for the establishment or judgment of any relevant fact or other circumstance which the arbitration tribunal is lacking, the arbitration tribunal may appoint one or more experts to provide an opinion on specific issues defined by the arbitration tribunal. The tribunal may also require either party to give or present information to the expert, or to provide access to any relevant documents or objects for the expert to inspect. In addition to the above, if either party requests it, or if the arbitration tribunal deems

---

68 Section 27 of the Arbitration Act.
69 Case n.º EBH 2007. 1705.
70 Case n.º EBH 2008. 1794.
71 Case n.º Gfv.X.30.188/2011/9.
72 Section 33 of the Arbitration Act.

it necessary, the expert will, after the delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to interrogate the expert and to present witnesses or experts to testify regarding the points at issue.[73]

If the evidence-taking procedure is likely to entail considerable difficulties or unreasonable extra costs, upon the request of the arbitration tribunal the local court can provide legal assistance by conducting the procedure for the gathering of evidence and by applying the coercive means necessary in the procedure for the gathering of evidence if the latter is conducted by the arbitration tribunal itself. In order to receive such assistance, the arbitration tribunal should approach that local court on whose territory the gathering of evidence may be conducted the most efficiently. In case of Budapest, the Pest Central District Court has jurisdiction over the above.[74]

D. Provisional measures

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures (State courts and/or arbitral tribunals?) or Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals

State courts and arbitral tribunals have concurrent jurisdiction to pronounce provisional measures. Any request submitted by either party —before or during arbitration proceedings— to an ordinary (State) court to impose provisional measures will not be deemed incompatible with the arbitration proceedings, and neither will the ordinary (State) court's granting of such measures following the request.[75]

The ordinary (State) court may order so-called «protective measures» in a case pending before an arbitration tribunal if the party requesting the protective measure is able to produce an authentic instrument or a private document with full probative force as proof of the existence, quantity and expiry of his claim.[76] Protective measures can be (i) a pledge of security for money claims, or (ii) a sequestration of specific things.[77]

2. Conditions for ordering provisional measures

The Arbitration Act does not set forth the preconditions for ordering provisional measures. It merely states that unless otherwise agreed by the parties, the arbitration tribunal may, upon request, order either party to implement provisional measures

---

73 Section 36 of the Arbitration Act.
74 Section 37 of the Arbitration Act.
75 Section 37(1) of the Arbitration Act.
76 Section 37(2) of the Arbitration Act.
77 Section 185 of Act LIII of 1994 on Judicial Enforcement.

to the extent that the arbitration tribunal deems it necessary with respect to the subject-matter of the dispute. The arbitration tribunal may require either party to provide appropriate security in connection with such a measure.[78] This means that the ordering of provisional measures is left to the discretion of the arbitral tribunal.

On the other hand, if any of the parties request an ordinary court to grant provisional measures, this will be governed by the CCP, which contains detailed rules.[79] On the basis of the CCP, the court may grant provisional measures if it is necessary either

a) To prevent imminent damages; or

b) To preserve the state of affairs (statu quo) giving rise to the legal dispute; or

c) To protect the right of the applicant which deserves special consideration.

It is also an important precondition that the provisional measure's disadvantages must not exceed its advantages. The applicant also has the duty to demonstrate (make probable) the facts underlying his request.

3. Types of provisional measures

The Arbitration Act is silent on the question of what type of provisional measures may be granted by the arbitral tribunal. The Governmental Explanatory Memorandum to Section 26 of the Arbitration Act makes it clear that the tribunal may order any kind of provisional measures which it deems necessary, which is a wider possibility than the ordinary Court's right to grant provisional measures.

On the other hand, the CCP and the practice of Hungarian Courts makes it clear that only those requests for provisional measures which are also the subject of a claim for relief (on the merits of the case) may be filed.[80]

4. Challenge and appeal against provisional measures

No appeal or judicial review lies against the arbitral tribunal's decision regarding provisional measures. However, the tribunal has the right to revoke the provisional measures which it ordered.[81]

---

78 Section 26(1) of the Arbitration Act.
79 Section 156 of the CCP.
80 Section 156(1) of the CCP, case n.º BH 1995. 39.
81 Section 26(2) of the Arbitration Act.

If it is the ordinary court which decides on provisional measures, the parties have the right to appeal against this decision.[82] However, an extraordinary review by the Supreme Court is excluded.[83] The first instance court itself has the right to amend its decision upon request, or even *ex officio* if the plaintiff decreases his claim.[84]

5. Enforcement of provisional measures

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Hungary

Provisional measures ordered by arbitral tribunals are not enforceable; rather, the tribunal may take into account the lack of compliance in its final award.[85] This is the reason why the Arbitration Act allows the parties to also request provisional measures from State courts, whose measures are enforceable.[86]

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

5.2.1. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

Provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals may only be enforceable under the international treaties that Hungary is a party to; *i.e.*, the New York Convention and the Geneva Convention. However, neither of these conventions explicitly provides for the enforcement of such provisional measures and there is no Hungarian case-law on the enforceability of provisional measures ordered by foreign arbitration tribunals either. The question of whether such provisional measures may be enforced in Hungary on the basis of the New York and Geneva Conventions is therefore open.

5.2.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign State courts

It is also unclear whether provisional measure ordered by foreign State courts may be enforced in Hungary. It is highly disputed whether the Brussels I Regulation could cover provisional measures.[87] What is more, under Hungarian law, it is one of the preconditions of the enforcement of foreign «decisions» that such decisions are final

---

82 Section 156(6) of the CCP.

83 Cases n.º EBH 2000. 215, and 1997. 342.

84 Section 156(6) of the CCP.

85 Governmental Explanatory Memorandum to Section 26 of the Arbitration Act.

86 Governmental Explanatory Memorandum to Section 37 of the Arbitration Act.

87 See the «Heidelberg» Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, available at http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

and binding (*jogerős*; *i.e.*, have a *res judicata* effect).[88] Since provisional measures by their very nature cannot have any *res judicata* effect, if a foreign court renders such measures, these probably cannot be enforced under Hungarian law.

E. Law governing the merits of the case

1. Choice of law by the parties

The arbitration tribunal decides a dispute in accordance with the provisions of the law chosen by the parties as applicable to the merits of the dispute. Unless the parties have agreed otherwise, a choice of the law or legal system of a particular State will be construed as one which refers to the legal provisions of that State which directly regulate the disputed question.[89] This means that the Arbitration Act excludes *renvoi.*

The parties may enable the tribunal by explicit declaration to decide the case *ex aequo et bono* instead of by applying a specific law.[90]

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

If the parties did not choose any applicable law, it is determined by the arbitral tribunal.[91] It is important to note that the tribunal is bound neither by the Hungarian Law-Decree on Private International Law[92] nor by the EU Rome I or Rome II Regulations.[93] Instead, the tribunal has the discretion to determine the applicable law directly, taking into account all the circumstances of the particular case.[94]

In any event, the arbitral tribunal adopts its decision in accordance with the terms of the contract and by taking into account the trade practices applicable to the transaction.[95]

---

88 Section 72(1)(b) of Law-Decree n.º 13 of 1979 on Private International Law.

89 Section 49(1) of the Arbitration Act.

90 Section 49(3) of the Arbitration Act.

91 Section 49(2) of the Arbitration Act.

92 Law-Decree n.º 13 of 1979 on Private International Law.

93 Regulation (EC) n.º 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), and Regulation (EC) n.º 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

94 Governmental Explanatory Memorandum to Sections 49-50 of the Arbitration Act.

95 Section 50 of the Arbitration Act.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

The Arbitration Act does not expressly limit the parties' and the arbitrators' freedom to choose or determine the applicable law. However, since the infringement of «public order» is one of the grounds for setting aside an arbitration award in Hungary,[96] this sets indirect limits on the application of the governing law.

F. The award

The arbitration proceedings are concluded by a final award adopted on the merits of the case, or by a ruling stipulating the termination of the arbitration proceedings. The arbitration tribunal will adopt a ruling for the termination of the proceedings if: (i) the claimant fails to present its statement of claim; (ii) the claimant withdraws its claim, unless the respondent objects thereto, and the arbitration tribunal recognizes the latter's legitimate interest in obtaining a final settlement of the dispute; (iii) the parties agree to dismiss the proceedings; or (iv) the arbitration tribunal finds that the continuation of the proceedings has, for any other reason, become unnecessary or impossible.

In accordance with the published decision of the Supreme Court interpreting Section 55 of the Arbitration Act, there is no ground for challenging a ruling of the arbitration tribunal that stipulates the termination of the arbitration proceedings.[97]

Arbitration tribunals consisting of more than one arbitrator make their decisions, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of votes. In the absence of a majority, the presiding umpire will have the decisive vote. Procedural issues can be settled by the umpire of the tribunal, if so authorized by the parties, or by all members of the arbitration tribunal.[98]

If during arbitration proceedings the parties reach a settlement, the arbitration tribunal will terminate the proceedings by way of a ruling rather than by an award. If requested by the parties, the arbitration tribunal must fix the settlement in the form of an award under the terms agreed upon by the parties, provided that it finds the settlement in compliance with the law. Such an award —under the terms agreed upon by the parties— has the same effect as that of any other award made by the arbitration tribunal.[99]

---

96 Section 55(2)(b) of the Arbitration Act.
97 Case n.º BH 2004. 20.
98 Section 38 of the Arbitration Act.
99 Section 39 of the Arbitration Act.

The award of the arbitration tribunal and the ruling for the termination of the proceedings will be made in written form and will be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitration proceedings with more than one arbitrator, the signature of the majority of all members is sufficient, provided that the reason for any omitted signature is stated.[100]

The award and the ruling terminating the proceedings contain provisions concerning the costs of the proceedings —including the remuneration of the arbitrators— and the manner in which they are to be satisfied. The award will also state the reasons upon which it is based, unless it is an award on agreed terms. Furthermore, the award should contain the date it was made and the place of the arbitration. The award will be deemed to have been made at the place specified therein.[101]

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award

1.1. Grounds for challenging awards

The circumstances in which an award can be challenged have been subject to much debate, not least because the New York Convention does not detail the grounds upon which it is possible to initiate an annulment action. Article V (1) (e) merely states that such an action can only be brought in «the country in which, or under the law of which, the award was made». Consequently, the failure of the Convention to specify exact grounds for annulment action means that the relevant country's legislation and competent local courts are left to specify and clarify them. As such, the grounds for an annulment judgement and the subsequent recognition and enforcement of an award depend greatly on the applicable substantive law.

In Hungary, the procedural rules and grounds for the annulment of an award are laid down in Section 55 of the Arbitration Act.

According to Section 55, the following grounds may result in an annulment:

a) The party having concluded the arbitration contract lacked legal capacity or competence;

b) The arbitration agreement is not considered valid under the law to which the parties have subjected it, or in the absence of such an indication, under Hungarian law;

[100] Section 40 of the Arbitration Act.
[101] Section 41 of the Arbitration Act.

c) The party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitration proceedings, or was unable to present his case due to other reasons;

d) The award was made in a legal dispute to which the clause for submission to arbitration did not apply or that was not covered by the provisions of the arbitration agreement;

e) The composition of the arbitration tribunal or the arbitration procedure did not comply with the agreement of the parties;

f) The subject-matter of the dispute cannot be settled by arbitration under Hungarian law;

g) The award is in conflict with the rules of Hungarian public policy.

In 2010 the Department of Commerce of the Metropolitan Court issued a report summarising the annulment and enforcement of arbitration awards procedures that had taken place within its jurisdiction. According to its statistics, between 2005 and 2008 36 award annulment proceedings were initiated before it. 80-90% of these involved awards which had been granted by the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry. However, tellingly the award was only annulled by the court in four cases within this three-year period. When this is considered, it appears that the courts are reluctant to annul awards and give a greater degree of deference to the arbitration proceedings. In fact it can be said that courts will only annul awards in exceptional cases.

The grounds for award annulment as set out in the Arbitration Act mirror those contained in the UNCITRAL Model Law. However, one major difference exists: the Hungarian legislation does not allow the court to stay the annulment proceedings for any period of time, in order to give an arbitration tribunal the opportunity to resume the arbitral proceedings or to take other action that will eliminate the grounds for annulment.

The low number of award annulments demonstrates clearly that the courts generally strictly reject losing parties' attempts to extend the grounds for annulment. According to a Hungarian Supreme Court decision from 1996,[102] an ordinary court should not examine how the arbitration tribunal interpreted the substantive or procedural rules and cannot overrule the tribunal's legal judgement. As such, the incorrect application of the substantive/procedural law and/or the improper evaluation of the evidence by the tribunal cannot on its own result in the annulment

[102] Case n.º BH 1996. 159.

of an award. By stipulating an arbitration clause, according to the Supreme Court the parties acknowledge that even a legally incorrect arbitration award can only be annulled on the grounds set out in the Arbitration Act.

Below follows examples of where each of the grounds for annulment available under the Arbitration Act has been applicable.

(i) Lack of Capacity

In its decision, which annulled an award against a foreign embassy, the Supreme Court ruled that the embassy lacked legal capacity.[103]

(ii) Invalid Arbitration Agreement

In proceedings n.º VB1996/6, the question of whether the invalidity of an agreement affects the validity of an arbitration clause was considered by the Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce & Industry. In its ruling, the Arbitration Court stated that the arbitration clause is a separate agreement which can be considered independently from the original agreement. Consequently, claims arising from the invalidity of the agreement can still be arbitrated under the arbitration clause contained therein.

Regarding arbitration clauses appearing in the general terms and conditions of bodies such as shops and banks, it has been consistently held by the Supreme Court that an arbitration clause qualifies as an «unusual» condition, a condition that is substantially different from usual contract conditions. According to 205/A (2) of the Hungarian Civil Code, unusual conditions can only become a part of the general terms of a contract if the other party is specifically notified of them in advance. As such, presently an arbitration clause that is incorporated into a document on standard contract terms will be regarded as null and void by the courts if prior notification of its incorporation has not been given to the contracting party.[104]

In a recent case, the Debrecen High Court of Appeals ruled that an arbitration clause was invalid because it could not be determined from the parties' arbitration agreement whether any dispute arising from their agreement (which had an arbitration clause) should be settled by an *ad-hoc* or by a permanent arbitration court.[105] Consequently, a mere reference in an agreement that the parties submit to the exclusive jurisdiction of arbitration courts in case of a dispute is invalid, and such a dispute

[103] Case n.º BH 2009. 252.
[104] Case n.º BH 2001. 131, or n.º EBH 2003. 875.
[105] Case n.º BDT 2011. 16.

will instead fall under the jurisdiction of the ordinary courts. It may have been more appropriate if the court had held that such a vague arbitration agreement does not in fact exist, rather than declaring the agreement null and void, since the consensus of the parties regarding the type of arbitration is missing.

(iii) Due Process

As stated above, the incorrect application of the substantive/procedural law and/or the improper evaluation of the evidence by the tribunal cannot on its own result in the annulment of an award. However, the Supreme Court has also stated that if the tribunal based its award on legal grounds or facts that were not submitted by either party, the parties were then effectively prevented from presenting their legal arguments.[106] As such, court practice now emphasises that the tribunal should be restricted to basing its decisions on the facts and legal arguments submitted by the parties, so as to avoid a potential future award annulment.

The Supreme Court further analysed the definition of due process in a recent case where the Supreme Court clarified that the Arbitration Tribunal should inform the parties if it detects *ex officio* that the agreement subject to the arbitration proceeding is null and void. The parties should be capable of presenting their argumentation on the question of invalidity irrespective of the fact that in accordance with Hungarian law the nullity of an agreement should be taken into consideration by the courts *ex officio*. In the arbitration proceeding subject to the annulment proceeding, the parties were informed about the nullity of the agreement only when the arbitration award was served to them. Therefore, according to the Supreme Court they were unable to present their case, so the basic principle of due process was violated and the arbitration award was set aside.[107]

(iv) Lack of Competence of the Tribunal

Regarding the applicability of the arbitration clause, the question of whether the amendment of an arbitration clause included in the articles of association of a company is subject to the provisions of the Companies Act and/or the Hungarian Civil Code has been considered by the Supreme Court, in a case where a members meeting amended a company's articles of association by eliminating the arbitration clause with 90% of the vote, stipulating the exclusive jurisdiction of an ordinary court instead. The Claimant argued before a tribunal that agreements such as the arbitration agreement contained in the articles of association can only be modified by mutual

[106] Case n.º EBH 2008. 1794.
[107] Case n.º Gfv.X.30.188/2011/9.

consent, in accordance with Section 240 of the Hungarian Civil Code. This view was accepted by the tribunal, which made an award in favour of the Claimant. The Respondent then tried to have the award annulled. In its decision the Supreme Court stated that, in accordance with Section 10 of the Companies Act, in case of legal disputes arising from or in connection with the corporate relationship between the company and its members, the arbitration clause can only be stipulated in the articles of association. Consequently, the arbitration clause forms a key part of the articles of association. Since in the present case the articles of association were modified in accordance with the provisions of the Companies Act, the arbitration clause was not applicable and the tribunal's award was annulled.[108]

(v) Composition of the Tribunal or Procedural Errors

Because the arbitration procedure did not comply with the Arbitration Act or with the agreement of the parties, in a recent decision the Supreme Court annulled an award given by the Arbitration court attached to the Hungarian Chamber of Commerce & Industry.[109]

The case raised the issue of whether arbitrators can resign their post during the procedure without limitation. One of the arbitrators had resigned in a letter to the umpire after the tribunal adjourned the hearing. The tribunal umpire told the arbitrator that he could not accept the resignation and therefore, consequently, the award would be adopted by a majority of the votes in accordance with Section 38 (1) of the Arbitration Act. Ultimately, the award was only signed by two arbitrators. The tribunal's award was annulled by the Supreme Court, which analysed the nature of the appointment of the arbitrator and reached the conclusion that such an appointment was based on a bilateral contract. This is because the arbitrator accepted appointment and in so doing undertook and accepted the obligation to pass an award in connection with the legal dispute. Such a bilateral agreement generally terminates when the award is passed, or when the arbitrator resigns. The Supreme Court stated that an arbitrator may resign after the hearing is adjourned. However, an arbitrator who does resign should inform both parties to the procedure about his resignation, and the parties to the procedure should decide whether or not they accept the resignation. If the parties to the procedure cannot agree, they may request the competent county court to decide on the termination of the mandate of the arbitrator, in accordance with Section 22 of the Arbitration Act. Consequently, in the case in question, the remaining two arbitrators should not have issued an award before the initiation of such a proceeding.

---

[108] Case n.º Gfv.XI.30.064/2009/8.

[109] Case n.º Gfv.XI.30.066/2009/6.

In its recent decision, the Supreme Court annulled an award issued by the Arbitration court attached to the Hungarian Chamber of Commerce & Industry because both the arbitrator appointed by the plaintiff and the umpire of the tribunal failed to inform the parties that they were teaching in the same department of the same Faculty of law as the plaintiff's attorney.[110] In the courts' view, this failure to inform was contrary to Section 17 (1) of the Arbitration Act, according to which any circumstance that is likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrators' lack of prejudice, independence or impartiality, must be disclosed to the parties. Section 17(1) was interpreted broadly by the Supreme Court in its decision. It stated that the arbitrators should have revealed all information relating to their connections to the parties before the evidence taking procedure was initiated. Even circumstances that in their view would not affect their impartiality should have been revealed, because it is up to the parties to the arbitration procedure to decide whether or not the revealed circumstances would affect the on-going procedure. Furthermore, the Supreme Court referred to the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration in order to provide a guideline to arbitrators, expressly outlining that the current case is not covered by 4.4.2 of the Green list, according to which «[t]he arbitrator has a relationship with another arbitrator or with the counsel for one of the parties through membership in the same professional association or social organization». In its view, being a member of the same department of the same Faculty of law —even if only as a part-time lecturer (adjunct professor)— shall be considered as a much closer relationship, and, as such, is one covered by the Orange list. By way of example, the Supreme Court referred to Section 3.3.1 and 3.3.2 of the Orange list regarding attorneys. The Supreme Court's ruling highlights the need for arbitrators to pay very close attention to their disclosure requirements regarding their relationships with parties and their attorneys, so as to precluding the losing party from requesting the annulment of an otherwise fully justified arbitration award.

(vi) Lack of Arbitrability

Disputes that are capable of falling within the reach and jurisdiction of an arbitration court were analysed above.

(vii) Public Policy

The most commonly used argument for initiating annulment proceedings is that the award issued conflicts with Hungarian public policy. The ordinary courts carry out the analyses of Hungarian public policy and declare whether there has been a violation of it. An exhaustive discussion of public policy is beyond the scope of this paper, yet a

[110] Case n.º Gfv.X.30.141/2010/24.

review of Supreme Court decisions demonstrates that the concept of public policy is interpreted very restrictively by the courts. Indeed, in dealing with questions of public policy, courts in fact tend to use a negative approach and determine what violates public policy, rather than interpreting the meaning and the limits of public policy.

In several decisions, the Supreme Court has held that the sole fact that an award does not accord with substantive legal rules does not mean that it violates public policy and, as such, cannot of itself be regarded as grounds for annulment.[111]

According to the author's knowledge, there has only been one published decision where an award was annulled due to it being in conflict with Hungarian public policy.[112] The litigated amount of the dispute was HUF 32 billion (approximately EUR 120 million) and the tribunal awarded HUF 290 million (approximately EUR 1 million) in legal fees. The Supreme Court stressed that, although legal fees are usually calculated as a percentage of the litigated amount, in high value disputes this can result in unreasonable and disproportionately high legal fees. As such, it annulled the award in the case in question, stating that it could have a bad impact on Hungarian case law.

1.2. Proceedings

Decisions of an arbitration tribunal may not be appealed; however, a request for having the award set aside may be requested from the court, for the reasons listed above, within sixty days of the date of delivery of the award of the arbitration tribunal.[113] This deadline is forfeit.

In the course of the setting aside/annulment proceedings, the court may suspend the enforcement of the award of an arbitration tribunal upon the request of a party.

It should be noted that the court's decisions on the annulment of the arbitral award may not be appealed; however, a request for judicial review may be submitted to the Supreme Court.[114]

2. Revision of the award

Hungarian law is not familiar with the concept of revision of the award. In its recent decision, the Supreme Court also highlighted that the award cannot be challenged

111 Case n.º EBH 2006. 1525; n.º BH 2006. 218.
112 Case n.º BH 2003. 127.
113 Sections 54-55 of the Arbitration Act.
114 Section 57 of the Arbitration Act.

on the basis that there were certain facts and evidence that the party was unable to present during the proceedings. The Supreme Court clearly stressed that, unlike the ordinary civil law procedure, the arbitration procedure is not familiar with the concept of revision. Furthermore, the set-aside proceedings cannot be used as a tool to create such a possibility, irrespective of the fact that several jurisdictions have already implemented the concept.[115]

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

The decision of an arbitration tribunal has the same effect as that of a binding court decision, and its enforcement will be governed by the regulations on judicial enforcement. The court can only refuse to execute the award of the arbitration tribunal if (i) the subject-matter of the dispute is not subject to arbitration under Hungarian law; or if (ii) the award is contrary to Hungarian public policy.[116]

In accordance with the current practice of the Supreme Court, the court cannot refuse the execution of the award based on argumentation such as that the debtor was unable to participate in the arbitration proceedings due to a lack of financial assets and language skills.[117]

In line with Article V 1 b) of the New York Convention, the Supreme Court stressed in one of its decisions that the enforcement of the award can be refused if the debtor was not properly notified about the arbitration proceedings or was otherwise unable to present its case.[118]

In connection with the relationship between the enforcement proceedings and the setting-aside proceedings, the established case law laid down that an ongoing enforcement proceeding does not exclude the possibility of a setting-aside proceeding at all; the debtor can request the suspension of the enforcement proceedings in the course of the setting-aside proceedings.[119]

In accordance with the above, if the execution of the award is not rejected based on the above grounds, the court of first instance will monitor whether the arbitral award orders the other party to perform or rather approves a settlement of

---

115 Case n.º BH 2009. 57.
116 Sections 58-59 of the Arbitration Act.
117 Case n.º 1998. 184.
118 Case n.º BH 1998. 539.
119 Case n.º BH 1998. 541.

the parties. The resolutions of foreign arbitration tribunals are executed on the basis of Hungarian law, international convention or reciprocity.[120]

In these cases, the competent court will adopt a ruling of confirmation of enforcement for such a foreign resolution, which confirms that the foreign resolution may be executed in accordance with Hungarian law in the same way as a decision of a Hungarian court (arbitration court).

The competent court that adopts a ruling of confirmation of enforcement is the Metropolitan Court of Appeal or the competent county court, to be determined in accordance with the debtor's domicile or its registered address. In the absence of such a domicile or registered address, the competent county court is determined by the location of the debtor's enforceable assets. In respect of a Hungarian branch or the commercial representative offices of foreign-registered companies, the competent county court is determined by the location of such a branch or representative office.[121]

It should be noted that if the debtor does not have either a domicile (registered seat) or enforceble assets in Hungary then no enforcement proceedings can be initiated against it before the Hungarian courts. In the lack of a bilateral or multilateral treaty, the Hungarian court is not even entitled to forward the request for enforcement to the competent foreign court.[122]

After the ruling of confirmation of enforcement adopted in the form of a court decree has become final and binding, the court issues a certificate of enforcement, or an enforcement order of the same function.[123]

In line with the New York Convention, the party that initiates the above proceedings must supply the original award and the arbitration agreement or a certified copy thereof. If the award or the arbitration agreement is not written in Hungarian, the party must attach a certified Hungarian translation as well. If the first instance court adopts the ruling of confirmation of enforcement in the lack of such documents, its decree will be altered by the second instance court and the first instance court will then be ordered to obtain the necessary documents and carry out the enforcement proceedings again.[124]

---

120 Section 205 of the Act LIII of 1994 on Judicial Enforcement.
121 Section 16 c) and 208 of the Act LIII of 1994 on Judicial Enforcement.
122 Case n.º BH 1992. 328.
123 Section 208 of the Act LIII of 1994 on Judicial Enforcement.
124 Cases n.º BH 1999. 223; n.º BH 1999. 270; n.º EBH 2002. 773; n.º BH 2004. 19.

V. Conclusion

Commercial arbitration has been and continues to be a popular means of dispute resolution in Hungary. The Arbitration Act is based on the UNCITRAL Model Law and contains an all-encompassing regulation of both domestic and international arbitration, and both *ad hoc* and institutional arbitration. There are several permanent arbitration courts with an increasing number of cases. Courts generally support arbitration, with only a few cases being set aside by state courts in the last two decades. Furthermore, Hungary has ratified the most important international arbitration conventions: (i) the New York Convention; (ii) the Geneva European Convention; and (iii) the ICSID Convention. This shows that Hungary and its legal environment are very suitable for international commercial arbitration

Islandia (Iceland)

Haflidi Kristjan Larusson
Gardar Vidir Gunnarsson

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Iceland.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— III. The election of Iceland as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement.— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition and constitution of the arbitral tribunal.— 2. General qualifications, independence and impartiality of arbitrators.— 3. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction. Can the arbitral tribunal issue provisional measures?— 2. Types of provisional measures ordered either by the State or arbitral tribunals.— 3. Enforcement.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award and grounds for challenging awards.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Iceland

Arbitration as means of resolving disputes in Iceland can be traced back to the era of the Icelandic Commonwealth, as early as the eleventh century,[1] and even further back.[2] Thus, although the disputing parties at that time may have had different con-

[1] See Madsen, F. *Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 17.

[2] The decision of the chieftain Thorgeir Ljosvetningagodi at the Althing in the year 1000, which provided for the peaceful conversion of Icelanders to Christianity, bears a resemblance to

cerns, this demonstrates that arbitration was well established as a method of resolving disputes without resorting to arms.[3] Despite this historic importance of arbitration in Iceland, arbitration has not been the prevailing method of resolving disputes in contemporary times.[4]

The Icelandic Arbitration Act n.º 53/1989 (the «Act»), which entered into force on 1 January 1990, was the first comprehensive legislation dealing with arbitration in Iceland. Prior to its enactment, Icelandic law contained only one provision (found in a piece of legislation from 1687) that dealt indirectly with contractual arbitration.[5] As stated in the preparatory works, the Act was partially modelled on the Norwegian, Danish and Swedish Arbitration Acts, as well as on the original 1985 text of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.[6] However, the Act does not sufficiently accommodate international arbitration as its provisions are mainly focused on domestic arbitration. Consequently, since the current regulatory regime does not facilitate international arbitration, Iceland is not a common venue for arbitral proceedings and only few international arbitration cases have been resolved in Iceland. However, in the light of the ever increasing globalisation and the fact that Icelandic companies are becoming increasingly involved in the international economy, international arbitration has become more relevant.

Moreover, since there has been a significant development in the field of international arbitration since the Icelandic Arbitration Act entered into force in 1990, and all the legislative texts that the Act was modelled upon have been subject to revision, the legislator is currently contemplating a comprehensive legislative reform. Such a reform will without a doubt increase awareness of arbitration as a method of resolving disputes and will support the development of international arbitration in Iceland.

---

arbitration. See Gunnarsson, G. "Iceland". In *World Arbitration Reporter* (2nd Edition), Juris Publishing, 2010, p. ICE-2 to ICE-3.

3 See Miller, W. *Bloodtaking and Peacemaking – Feud, Law and Society in Saga Iceland*. The University of Chicago Press, 1990, Chapter 8, «Peacemaking and Arbitration», pp. 259-300. See also Jochens, J. «Late and peaceful: Iceland's conversion through arbitration in 1000». In *Speculum – a Journal of Medieval Studies*, 1999, pp. 621-655, at p. 623; Madsen, F. *Op. cit.*, p. 17; and, Byock, J. *Feud in the Icelandic Saga*. University of California Press, 1982, p. 99.

4 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-3.

5 The Norwegian Law of Christian V from 15 April 1687, Chapter 6. See also, Sigurdsson, V. «Um samningsbundna gerdardoma» («On Contractual Arbitration»). In *Timarit logfraedinga* (*The Lawyers' Review*), 1990, pp. 28-37, at pp. 28-29; and Stefansson, S. «Um samningsbundna gerðardóma» («On Contractual Arbitration»). In *Timarit logfraedinga (The Lawyers' Review)*, 1990, pp. 38-50, at. pp. 38-39; and, Sigurdsson, P. *Verksamningar*. Bokautgafa Orators, p. 295.

6 Commentary on the bill on Contractual Arbitration, 111th Legislative Session 1988-89, parliamentary document n.º 619, parliamentary item n.º 342, at general comments.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

The Act governs international arbitration in Iceland. The Act is complemented by its preparatory works (which is a key tool of statutory interpretation under Icelandic law) (the «Preparatory Works»)[7] and some useful, albeit limited, case law generating from the Supreme Court of Iceland (the «Supreme Court»).

B. International sources

Iceland ratified the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the «New York Convention») in January 2002 and it entered into force in Iceland in April the same year. Iceland's ratification was made without reservations and hence there are no requirements in Iceland of, *e.g.*, reciprocity or disputes being of a commercial nature only.

Also, as discussed below, the Act (at least to some extent) is based on key principles set out in the 1985 version of the UNCITRAL Model Law and the Supreme Court has confirmed the importance of these international sources when interpreting the Act.[8]

III. The election of Iceland as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

The arbitration agreement is subject to rules both governing its validity, on the one hand, and arbitrability in general, on the other.

1.1. Formal validity

The validity of the arbitration agreement is subject to general contract law principles governing the formation (offer and acceptance) and validity (no elements of fraud, duress, etc.) of contracts. In addition to such basic requirements, Section 3(1) of the Act sets out some additional formal criteria for the existence of a valid arbitration agreement, namely that (i) the arbitration agreement must be in writing; (ii) it must

---

7 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*

8 Supreme Court of Iceland, Case n.º 433/2006.

unequivocally state that the parties have agreed to arbitration; (iii) the parties' identity must be clear, and (iv) the subject-matter of the eventual disputes, which are to be arbitrated, must be defined.

A «standard» arbitration clause in a commercial contract (such as the ICC's model arbitration clause) would, *prima facie*, meet the above requirements.

Although the Act refers to «*in writing*», there is no mentioning of signatures as such. However, the Preparatory Works make clear that the Act is intended to be based on key principles set out in the 1985 version of the UNCITRAL Model Law and those of the New York Convention. Further, the Supreme Court has confirmed the importance of those international texts when interpreting the Act.[9] Therefore, the «in writing» criterion in the Act is likely to be interpreted in the light of the 2006 amendments to the Model Law and UNCITRAL's recommendations made the same year as to the interpretation of art. II(2) of the New York Convention.[10]

Furthermore, section 3(2) of the Act states that the arbitration agreement is not binding if (i) there are material deviations from section 3(1); (ii) if the subject-matter of the dispute cannot be arbitrated (see below on arbitrability), or (iii) if the appointment of arbitrators, the suggested arbitral procedure or other matters dealt with in the arbitration agreement «do not ensure adequate legal protection». The open-ended nature of the quoted words has caused some academic uncertainty, but no case law seems to exist which deals with the issue. However, in the context of international arbitration, one can assume that the Icelandic courts would interpret section 3(2) in the light of generally accepted principles of due process and *ordre public* in international arbitration law.[11]

1.2. Substantive validity and arbitrability

Although section 3(2) of the Act refers to arbitrability (as mentioned above), the Act is silent on the substantive criteria of the concept.

As to *who* can arbitrate, no examples are known of legislation which restricts the use of arbitration by specific persons *per se* and neither the Icelandic Constitution nor any general legislation seems to preclude arbitration when it comes to agreements entered into with the Icelandic state or state entities. Further, with view of, *e.g.*, the Icelandic Consumer Protection Act, which refers to arbitration as one type of means to settle disputes between consumers and businesses, together with various examples of the Icelandic state and state entities agreeing to arbitration in practice, one can

[9] Supreme Court of Iceland, Case n.° 433/2006.
[10] GUNNARSSON, G. *Op. cit.,* p. ICE-12.
[11] GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-14.

conclude that, as a general principle, natural persons, legal persons and the state alike can enter into arbitration agreements.[12]

As to *matters* which can be arbitrated, the legislation is mostly silent here also. However, Section 1(1) of the Act makes it clear that parties can only arbitrate in relation to matters which could be subject to a settlement between them. Therefore, one can expect to find in Iceland the «usual suspects» which are generally considered to fall outside the scope of international arbitration, such as various matters falling within the fields of criminal law, family law, intellectual property law and civic rights.[13] This view is also reinforced in the Preparatory Works. Further, the Preparatory Works state that only matters, which state courts can adjudicate on, can be subject to arbitration.

Therefore, it can be concluded that a dispute can only be subject to arbitration if (i) state courts would have jurisdiction in the matter were there no arbitration agreement, and (ii) the parties have the power to reach a legally valid, binding and enforceable settlement in relation to the dispute if they so choose.

2. Separability of the arbitration agreement

The Act does not provide expressly for the doctrine of separability and the issue has not yet been settled by the courts. However, the courts recognise the fact that the Act was modeled on international texts such as the UNCITRAL Model Law and that these texts play an important role when interpreting the Act.[14] Also, «[t]he legislator has recognised in the Act on Consumer Contracts n.° 48/2003 the autonomous nature of dispute resolution clauses and that such clauses can survive the termination of the main contract».[15] Moreover, the Act recognises the authority of the arbitral tribunal to determine the validity of the arbitration agreement.[16] Therefore, one can assume that although the Act does not expressly discuss the doctrine of separability or the autonomous nature of the arbitration agreement, the most likely interpretation of the Act would be in line with the international texts that it is modeled upon and thus respecting the separability of the arbitration agreement.

---

12 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, pp. ICE-32 to ICE-34.

13 Larusson, H. *Alþjodlegir vidskiptasamningar [International Commercial Contracts]*. The Trade Council of Iceland and the Ministry for Foreign Affairs. Iceland, 2001, pp. 115-116; and Sigurdsson, V. *Op. cit.*, at p. 31.

14 Supreme Court of Iceland, Case n.° 433/2006.

15 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-27, and Commentary on the bill on Consumer Contracts, 128th Legislative Session 2002-2003, parliamentary document n.° 904, parliamentary item n.° 556, commentary on Section 49.

16 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on section 4; and see Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-27.

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

The Act is silent on whether arbitration agreements can be extended to third parties. Moreover, as arbitration is rarely used to resolve disputes in Iceland, case law concerning the issue of binding effects to third parties is also limited. The principle of party autonomy and the consensual nature of arbitration are the underlying principles of the Act.[17] According to section 3(1) of the Act, one of the formal requirements an arbitration agreement must fulfill is that it must identify the parties that are bound by it. In turn, section 3(2) states that an arbitration agreement is not binding if there are material deviations from the formal requirements of section 3(1). Consequently, section 3 of the Act does not preclude multi-party arbitration, provided that the arbitration agreement identifies all of the parties that are to be bound by the arbitration agreement.[18] Thus, it is reasonable to assume that third parties, which are not specifically identified as being a party to the agreement, can only be considered bound in exceptional circumstances.[19]

Nevertheless, established principles of private law —such as assignment, agency and succession—, may result in third parties being considered bound to an arbitration agreement.[20] The Supreme Court of Iceland, in Case n.° 386/1996, found that an arbitration agreement concluded by an agent was binding upon the principal, even though the principal was not itself a signatory to the arbitration agreement.[21]

4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement

The Act does not expressly state that the arbitral tribunal has the authority to determine its own jurisdiction. According to the Act, the parties can seek the assistance of the national courts in certain circumstances, such as regarding the composition of the tribunal, replacement of arbitrators and arbitrators' fees. The Preparatory Works provide that all disputes other than those specifically mentioned in the Act shall be resolved by the arbitral tribunal, including issues concerning the validity of the arbitration agreement.[22] Here it should be noted that «[t]he Act does not afford the parties the same opportunity to have the tribunal's decision on its own jurisdiction reviewed by the courts as article

---

17 See GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-23.

18 See GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-23.

19 See GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-23.

20 See GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-23, and, REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY and C. PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2004, p. 179, Section 3-33.

21 Supreme Court of Iceland, Case n.° 386/1996, and GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, p. ICE-24.

22 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 4. See also GUNNARSSON, G. *Op. cit.*, pp. ICE-27 to ICE-28.

16(3) of the UNCITRAL Model Law does».[23] Moreover, the Supreme Court has confirmed in the case of a valid arbitration agreement that all disputes concerning the main contract, including its validity, must be settled by arbitration.[24] Accordingly, although not expressly provided for in the Act itself, the Preparatory Works and case law indicate that the doctrine of *Kompetenz-Kompetenz* is recognised in practice.

B. The arbitral tribunal

1. Composition and constitution of the arbitral tribunal

The Act affords the parties the right to choose the number arbitrators, and the general principle is that the parties are free to appoint whomever they choose as an arbitrator. Arbitral tribunals are usually comprised of either one or three arbitrators. «The Act neither imposes upon the parties a certain appointment method nor a certain number of arbitrators».[25] The only restriction set by the Act is that the method of appointment must provide for an adequate legal protection (section 3(2)).

However, if the arbitration agreement is silent about the number of arbitrators and the method of appointment, and the parties do not reach an agreement in relation thereto, the default rule of the Act is that the tribunal will be composed of three arbitrators, all of whom are appointed by the District Court, pursuant to a request from either party.[26]

Consequently, if the arbitration agreement provides for a certain appointment mechanism, or if the parties have chosen the rules of an arbitral institution, these should be followed. However, if the arbitration agreement is silent on the appointment mechanism and the parties cannot agree on the appointment of arbitrators or the method for appointing arbitrators, the arbitral tribunal is constituted when the District Court has appointed a panel of three arbitrators, one of whom shall act as chairman of the tribunal, according to section 4(3) of the Act.

2. General qualifications, independence and impartiality of arbitrators

There are statutory requirements for both the qualifications of arbitrators and their impartiality and independence. According to section 6(1) of the Act, an arbitrator must be in sufficiently good physical and mental health to be able to participate in

---

23 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-28.
24 Supreme Court of Iceland, Case n.° 386/1996. See also Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-28.
25 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-41.
26 See Sigurdsson, P. *Op. cit.*, p. 298.

the arbitral proceedings. Moreover, an arbitrator must possess full legal capacity with regard to his actions and property, and have an unblemished reputation.

Before the enactment of the Act, the Supreme Court in Case n.° 127/1964 had concluded that arbitrators were subject to the same requirements regarding independence and impartiality as District Court judges.[27] This was codified in section 6(2) of the Act, which states that arbitrators shall fulfil the same special requirements that District Court judges must fulfil for hearing individual cases. The objective of this rule is to ensure impartiality and independence of the arbitrators.[28] However, only a reference is made to the Act on Civil Procedure where this criterion is codified, which is rather inconvenient for foreign parties involved in international arbitral proceedings in Iceland.[29] The criterion is found in section 5 of the Act on Civil Procedure and includes disqualification on grounds of relationship both by blood and marriage to a certain degree of affinity.[30]

According to section 5 of the Act on Civil Procedure, an arbitrator is neither independent nor impartial if:

a) he is a party to the dispute or is a director of a company or any other entity which is a party to the dispute;

b) he has represented a party in matters pertaining to the subject matter in dispute or advised a party on the merits or the outcome of the dispute in a manner other than required by law;

c) he has testified, or has justifiably been summoned to testify, about the facts of the case, or has taken a position in the dispute, as an expert or otherwise;

d) he is, or has been, married to a party, or if he is related to a party by blood or by marriage by ascent or decent, or in the second sideline, or if the arbitrator is related to a party in the same manner by adoption;

e) he is, or has been, related to a director of a party, or the attorney of a party in the same manner as described in paragraph (d);

f) he is or has been, related to a witness in the case, to an expert that has given an expert testimony or a third party refusing to produce evidence, in the same manner as described in paragraph (d); or

---

27 Supreme Court of Iceland, Case n.° 127/1964.
28 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-37.
29 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-37.
30 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-37.

g) his circumstances otherwise give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence.

The Act does not impose any duty upon the arbitrators to disclose matters that might compromise their independence or impartiality. However, according to the principle established by the Supreme Court in Case n.° 127/1964, that arbitrators should be subject to the same obligations regarding independence and impartiality and District Court judges, «it is likely that there is an implied duty that the arbitrators themselves ensure their independence and impartiality in the same manner as national court judges».[31] Thus, an arbitrator must respect the task the parties entrust him with and ensure his independence and impartiality throughout the process and disclose any issues that might subsequently arise that are likely to compromise that independence and impartiality.

3. Challenge of an arbitrator

The procedure for challenging an arbitrator under the Act is twofold.

First, section 6(3) of the Act states that the chairman of the tribunal shall determine whether an arbitrator fulfils the general requirements of section 6(1) and the requirements of independence and impartiality of section 6(2). If an arbitrator, during the arbitral procedure, ceases to fulfil these requirements, it can result in a successful challenge.[32] As previously stated, it is the chairman of the tribunal that determines the challenge of an arbitrator that is based on section 6 of the Act. However, «a party can seek the District Court's revision on the chairman's decision».[33] According to section 6(3), the decision of the District Court is not subject to an appeal to the Supreme Court, as there is the possibility of a judicial review after the tribunal has rendered its award.[34]

Second, an arbitrator may also be challenged according to section 9 of the Act, in cases of a severe delay of the arbitral procedure, which can be attributed to an arbitrator neglecting its duties. «Therefore, an arbitrator can be challenged if he is not performing his task and/or is ignoring his duties, either by not participating in the arbitral procedure or causing an undue delay in the arbitral procedure».[35] According to section 9, it is the District Court that determines the challenge of an arbitrator

---

31 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-39.

32 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-43 to ICE-44.

33 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-44.

34 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 6. See also Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-44.

35 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-43.

in these cases, *cf.* sections 4 and 5 of the Act. Such decision of the District Court is subject to an appeal to the Supreme Court, according to section 9(2) of the Act.

When requesting that an arbitrator is removed or replaced, a party making such a request must simultaneously ask the District Court to appoint a replacement arbitrator according to section 4, *cf.* section 9 of the Act.[36] «If the parties can agree on the replacement arbitrator, the District Court judge is most likely bound by such an agreement».[37]

Moreover, the Act is silent on the time limits for making a challenge of an arbitrator and does not contain any provision, similar to articles 4 and 13 of the Model Law, obliging the parties to make a timely challenge if they become aware of any circumstances that could result in a successful challenge. Nevertheless, a party must invoke the arbitration agreement immediately and no later than when it submits its statement of defence and demand dismissal of the case if a suit is filed before the District Court which falls under the scope of a valid arbitration agreement. Thus, section 2 of the Act along with general principles of Icelandic law, may be considered to encompass the principle that objections must be made immediately or without undue delay.[38] «Accordingly, if a party does not object immediately or without undue delay, it may be deemed to have waived the right to rely on such grounds at a later stage».[39] Therefore, it is advisable that parties raise the issue without undue delay from becoming aware of any possible grounds for a challenge.

C. The arbitral procedure

The arbitral procedure is mainly governed by section 7 of the Act, which sets out the principle of party autonomy. In the event that the arbitration agreement is silent on procedural matters, the arbitral tribunal is given the power to determine the procedure.

Although the Act contains only some rather scant provisions on procedure, it stipulates some mandatory rules which the arbitral tribunal must comply with, namely that the parties must be granted the right (i) to be heard, (ii) to submit evidence, (iii) to have access to all relevant documents and other information relating to the matter, and (iv) generally to receive equal treatment. Also, section 7 states that to the extent that the arbitral tribunal is to determine procedural matters, it must, to the extent possible, choose measures which are likely to expedite the proceedings. Further, and although the Act itself is silent on the point, it is generally accepted that

---

36 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-45.
37 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-45.
38 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-44.
39 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-44.

the arbitral tribunal must do its utmost to ensure the enforceability of the eventual award. Therefore, this principle provides additional guidance for the arbitral tribunal when it is to determine the procedure or parts thereof.[40]

The Act contains no specific provisions regarding the taking of evidence, apart from the general principles referred to above.

Due to this total lack of detailed procedural rules in the Act, parties should give procedural matters a careful consideration at the outset and it is recommended that these be expressly dealt with in the arbitration agreement, whether by a reference to internationally accepted sets of rules such as the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules and the IBA Rules on Taking Evidence in International Commercial Arbitration, or otherwise.

D. Provisional measures

The Act is silent on provisional measures of any kind. However, the Preparatory Works provide some comfort in this respect, where it is stated that the parties are free to make a request for provisional measures in accordance with general rules, unless the arbitration agreement itself states otherwise. Therefore, the Preparatory Works seem to suggest that the parties can limit their respective right to apply for such measures, whether from state officials or from the arbitral tribunal itself. To date, this issue does not seem to have been tested before the courts and hence it is not clear whether such contractual restrictions might be seen as being contrary to public policy in particular circumstances.

1. Jurisdiction. Can the arbitral tribunal issue provisional measures?

As mentioned above (and at least unless specifically restricted in the arbitration agreement), a party can seek the assistance of state officials (the «District Commissioners») to obtain interim measures against the other party. Based on general rules in this respect, such interim measures are, *prima facie*, enforceable as and if required.

As to the arbitral tribunal issuing interim measures, the Act is silent on this point, as mentioned earlier. However, based on the principle of party autonomy, there is a general view that the parties can agree to grant the arbitral tribunal such powers.[41] Whether the arbitral tribunal has such powers, in the event that this is not dealt with in the arbitration agreement, is not altogether clear, as this issue has not been dealt with to date by the Icelandic courts.

---

[40] Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-49 to ICE-50.
[41] Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-65.

2. Types of provisional measures ordered either by the State or arbitral tribunals

Various interim measures are available under Icelandic law in order to prevent irreparable harm to either of the parties. These include freezing injunctions, measures to take or preserve evidence and attachment of assets. In principle, and provided that such powers are granted in the arbitration agreement, the arbitral tribunal is entitled to issue such measures. However, and as discussed below, public enforcement (and hence the real benefit) of such measures depends on whether they were issued by a District Commissioner or by the arbitral tribunal.

3. Enforcement

Provisional measures issued by District Commissioners are, *prima facie*, enforceable in accordance with the Icelandic Enforcement Act n.° 90/1989.

Conversely and unlike many jurisdictions where arbitral tribunals are granted the power to issue (at least certain types of) provisional measures which will, in principle, be upheld, no provisions in the Act or elsewhere in the Icelandic legislation render provisional measures issued by arbitral tribunals enforceable. Therefore, only voluntary compliance by the parties is available in relation to measures issued by the arbitral tribunal. Additionally, the arbitral tribunal (on the basis of general procedural principles) would be entitled to draw adverse inferences from non-compliance by a party, should this be relevant in the circumstance.

In conclusion, although the arbitral tribunal may be empowered to issue provisional measures in certain circumstances, the coercive effect of such measures is minimal and, therefore, the parties should instead consider to apply for provisional measures issued by District Commissioners in accordance with general rules of Icelandic law.

E. Law governing the merits of the case

The subject of this chapter is mainly based on choice of law principles which are generally followed in Europe, without any particular «Icelandic surprises» in this respect. Therefore, it should be sufficient to set out only the broad outlines of this regime in Iceland.

1. Choice of law by the parties

The principle of freedom of contract, when it comes to choosing the governing law of the main agreement, is set out in section 3 of Act n.° 43/2000 on Conflict of Laws

(the «Conflicts of Law Act»). This Act is based on the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, and although the Rome Convention has now been replaced by the Rome I Regulation,[42] the key principles remain the same both within the European Union and in Iceland.

Thus, the parties are (in principle) free to choose which law is to govern their agreement and this freedom is only limited in specific circumstances, as discussed below. The arbitral tribunal, therefore, has the duty to respect the parties' choice and apply the chosen law to the dispute at hand.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

If the parties have not made an express choice of law or if the governing law cannot otherwise be determined on the basis of the parties' contractual relation or other relevant circumstances, section 4 of the Conflicts of Law Act sets out several rules in the order of priority as to how to determine the applicable law. Here, the key issue is where the «principal obligation» of the contract (usually other obligations than to pay the contract price) is to be performed. The Act then lists several types of contracts, such as contracts in relation to real property and contracts for the transport of goods. As a general rule, the law of the state where such «principal obligation» is to be performed will be the governing law of the contract, although specific circumstances may dictate that the law of some other state should govern instead.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

The principle of parties' freedom to choose the governing law is limited in various respect. The Conflicts of Law Act sets out some of the key restrictions in this context, namely in relation to consumer contracts (section 5) and employment contracts (section 6). It then states in section 7 that, as a general rule, mandatory legal provisions (whether contained in Icelandic law or in the law of another state with close connections to the contract) cannot be circumvented by choosing the law of some other state.

The arbitral tribunal, in the same way as state courts, has the duty to uphold rules governing the choice of law and the applicable law of the contract, including the principles discussed above.

---

[42] Regulation (EC) n.° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations.

F. The award

According to section 8 of the Act an arbitral award must satisfy three requirements: (i) it must be in writing; (ii) it must, in a comprehensible manner, state the principal reasons upon which it is based; and (iii) it must be signed by the deciding arbitrators. These are mandatory formal requirements that the arbitral tribunal must adhere to.[43] Moreover, section 8 states that a settlement before the arbitral tribunal shall be in writing and signed by the disputing parties and the arbitrators.

One of the requirements is that the arbitral award must be signed by the deciding arbitrators. Thus, if the arbitral tribunal does not reach a unanimous decision, and if there is a dissenting opinion, only the deciding arbitrators should sign the award. However, if the award is not signed by all the arbitrators, the award must include the reasons for the omission of a signature by an arbitrator.[44]

The Act does not expressly mention the possibility for the arbitrators to render partial or interim awards. However, the Act cannot be construed so narrowly as to exclude this possibility, as it may be necessary to render such awards, *e.g.*, on jurisdiction or other procedural matters.[45] Obviously the parties may provide for, or exclude this possibility, in the arbitration agreement.

Arbitral tribunals may render default awards in circumstances where a party fails to make an appearance before the tribunal. However, the arbitral tribunal must nevertheless respect the principle of equality between the parties and make sure that the absent party has been given a sufficient notice to attend the hearing and present its case.[46] In such circumstances, where the tribunal has a proof that the absent party was given ample opportunity to attend, which was not used, such a default award should be enforceable under the Act.[47] Although a party is absent, the arbitral tribunal must nevertheless determine the claims presented before the tribunal, and if need be call for the necessary evidence and legal argumentation from the party attending the hearing.[48]

---

43 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 8.

44 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 8 and Gunnarsson, G. *Op. cit.*, pp. ICE-79 to ICE-80.

45 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-78.

46 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-78.

47 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, pp. ICE-78 to ICE-79; and Lew, J., L. Mistelis, and S. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 637, Section 24-32.

48 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-79; and Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby and C. Partasides. *Op. cit.*, p. 446, Section 8-46.

As mentioned above, section 8 provides that if the parties reach a settlement before the arbitral tribunal, the settlement can be made in the form of an award on agreed terms and such award shall be in writing and signed by the parties and the arbitrators.

The Act does not impose any express time limits for the arbitral tribunal to render its award. However, according to section 7 of the Act, the arbitrators are obliged to ensure the swiftness of the arbitral procedure. Thus, in the absence of an agreed time limit for the arbitral tribunal to render its decision, the arbitrators must use their best efforts to avoid unnecessary delays. Moreover, the Act provides the parties with the opportunity to seek the assistance of the District Court to have an arbitrator replaced, if a delay in the arbitral process can be attributed to an arbitrator neglecting his duties.[49]

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award and grounds for challenging awards

Section 12 of the Act sets out a list of exhaustive grounds for annulment.[50] According to section 12(1), an arbitral award can be wholly or partially set aside in legal proceedings issued by either party before the District Court if:

1. The Arbitration Agreement was invalid;
2. An arbitrator was unauthorised due to any circumstances set forth in section 6;
3. There were significant procedural errors during the arbitration;
4. The arbitrators exceeded their mandate;
5. The arbitral award does not fulfil the formal requirements of section 8, or
6. It is evident that the arbitral award is founded on unlawful grounds or is contrary to public policy.

The Act does not impose formal time limits for bringing an annulment action before the Domestic Courts. This results in uncertainty for the prevailing party, particularly with regards to the finality of the award. In this respect, the Act differs from the Arbitration Acts of most other states, where the general rule is that a challenge to have an award set aside or annulled must be brought within short time limits.

---

[49] Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-80.

[50] Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 12.

Further, the Act does not differentiate between annulment proceedings and resisting enforcement, so it is possible that foreign awards can be subject to annulment proceedings insofar as Icelandic courts would be able to assume jurisdiction.[51] This goes directly against the prevailing principle of international arbitration that awards can only be set aside or annulled by the courts at the seat of arbitration. This can create various complications and demonstrates the lack of emphasis the Act places on international arbitration.

According to section 12(1) of the Act, an annulment action must be brought before the competent District Court, and the procedure shall be in accordance with the Act on Civil Procedure. Thus, the challenging party must demand that the award be wholly or partially set aside on the grounds exhaustively listed in section 12(1), and summon the other party to appear before the District Court.

2. Revision of the award

The Act does not provide for any revision of the award. According to the Preparatory Works, an arbitral award is a final and binding resolution of the disagreement between the parties.[52] Moreover, there is no appeal on the merits available to the parties. A prominent Icelandic scholar has also stated that providing for such a judicial review would jeopardise the integrity of the arbitral process.[53] The general principle is that the only revision available to the parties is through a challenge proceeding in accordance with section 12(1) of the Act, where the parties can demand that the award be wholly or partially annulled.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

The Act makes a distinction between the recognition and enforceability of foreign arbitral awards that are rendered in accordance with international conventions to which Iceland is a party, on the one hand, and those foreign arbitral awards that are not, on the other. Section 13(1) of the Act provides that foreign arbitral awards rendered in accordance with such international conventions shall be recognised and enforceable in Iceland. The reference to international conventions encompasses of course the New York Convention, to which Iceland is a party. According to section 13(2) of the Act, other foreign arbitral awards shall be recognised and enforceable only if they fulfil the requirements of the Act.

---

51 Stefansson, S. *Op. cit.*, at pp. 48-49.

52 Commentary on the bill on Contractual Arbitration. *Op. cit.*, commentary on Section 12.

53 Sigurdsson, P. *Op. cit.*, pp. 301-302; and, Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-94.

According to section 14(3), the recognition and enforcement of all foreign arbitral awards is governed by the same rules as apply to the enforcement of foreign court judgments. Those rules are found in the Enforcement Act n.° 90/1989.

The party requesting recognition and enforcement of a foreign arbitral award shall direct its request to the District Court that has jurisdiction over the award debtor, pursuant to section 11(1), *cf.* 11(2) of the Enforcement Act. The rules of the Act on Civil Procedure will thus determine which District Court is competent to process the request for recognition and enforcement of a foreign arbitral award.

The request for recognition and enforcement must fulfil the formal requirements of section 10(1) of the Enforcement Act. The request must: (i) be in writing; (ii) identify the parties; (iii) identify the foreign arbitral award that constitutes the ground for the request and the legal grounds for which the request is made; (iv) specify exactly the claims made; and (v) if the claim is for the payment of money, it must contain a breakdown of the amount, *i.e.*, principal amount, interest, etc.

In those cases where the foreign arbitral award has been rendered in another state which also is a signatory to the New York Convention, the party requesting recognition and enforcement shall supply the documents provided for in article IV of the New York Convention. These documents are: (a) the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof; (b) the original arbitration agreement or a duly certified copy thereof; and (c) a certified translation of these documents into the Icelandic language. Where recognition and enforcement is sought of foreign arbitral awards rendered in states that are not signatories to the New York Convention, the requirement is that the party making the request must substantiate its claims. Although it is likely that the party requesting enforcement must always supply similar documents as referred to in article IV of the New York Convention, it is nevertheless possible that it be required to supply further documentation to substantiate the claims made in the request.

After having received a request for the recognition and enforcement of a foreign arbitral award a District Court judge must process it as soon as possible. According to the Enforcement Act, there are two possible procedures available. First, the procedure according to sections 12-15 of the Enforcement Act, which will result in the District Court judge's endorsement of request for recognition and enforcement, if he deems the subject matter arbitrable and the enforcement does not violate public policy. In such circumstances, the parties are not summoned to appear before the District Court or given the opportunity comment on whether the request should be accepted or not. In fact, the award debtor is not even notified that a request for recognition and enforcement has been received by the District Court. In cases where the procedure

is according to sections 12-15, there is no direct recourse against the decision made by the District Court whether it accepts the request or not.[54] Second, it is possible that the request will be processed according to chapter 13 of the Enforcement Act. This procedure presumes that the parties appear before the District Court to present argument whether the request should be accepted or not and the procedure is similar to that of a civil suit. In such cases the District Court judge's decision is subject to an appeal to the Supreme Court according to section 84(3) of the Enforcement Act.

The Enforcement Act presumes that the procedure according to sections 12-15 of the Enforcement Act is the general principle. Thus, the procedure described in chapter 13 of the Enforcement Act is only available in exceptional circumstances. Section 14 of the Enforcement Act describes, in an exhaustive manner, the grounds for when the recognition and enforcement procedure shall be in accordance with chapter 13.[55] Indeed, a request shall only be processed according to chapter 13 of the Enforcement Act if: (i) the party making the request has so requested, or (ii) the award debtor has pre-emptively notified the District Court that it has objections to the recognition and enforcement of the foreign arbitral award.

As previously mentioned the Act differentiates between foreign awards rendered in accordance with international conventions to which Iceland is a party and other foreign awards. Thus, in cases of awards that are rendered in accordance with the New York Convention, recognition and enforcement can only be rejected in accordance with article V of the New York Convention. The recognition and enforcement of other foreign awards shall be rejected if the enforcement violates public policy according to section 1(1)(11) of the Enforcement Act, and if it is not in accordance with the provisions of the Act. The issues of arbitrability and public policy with regards to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards have never been tested before the Icelandic courts.

The competent enforcement authority in Iceland is the District Commissioners. According to section 16 of the Enforcement Act, applications for enforcement must be submitted to the respective District Commissioner. Therefore, provided that the District Court has accepted a request for the recognition and enforcement of a foreign arbitral award and either endorsed the request in accordance with sections 12-15 of the Enforcement Act or made a decision in accordance with chapter 13 of the Enforcement Act accepting the request, the prevailing party must apply to the respective District Commissioner to have the foreign arbitral award enforced.[56] The party see-

---

[54] Sigurbjornsson, M. *Adfarargerdir (Execution Proceedings). Namssjodur Logmannafelags.* Islands, 1995, p. 316.

[55] Sigurbjornsson, M. *Op. cit.*, p. 312.

[56] Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-95.

king to have a foreign arbitral award that provides for a payment obligation enforced, must therefore request that the District Commissioner make an attachment of the award debtor's assets, *e.g.*, bank accounts, tangible goods, properties or real estate.[57]

V. Conclusion

As discussed above, the Icelandic Arbitration Act is a «child of its time» so to speak. It was implemented whilst international arbitration was relatively uncommon and unknown in Iceland[58] and it has not been amended in order to follow ongoing development of international arbitration practice since its enactment. It, therefore, contains only some very limited references to international arbitration, although by virtue of the New York Convention, the Act ensures the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in an efficient manner.

It may be that the inherent ambiguity of the Icelandic arbitration framework has contributed to the fact that arbitration is not a common means of resolving disputes in Iceland. However, with Iceland's increased participation in international commerce, the need for a new and up-to-date legislation in this field has grown. Therefore, legal practitioners and other users of international arbitration in Iceland expect that an overall review of the current regime will take place within the next few years.

In the light of the above discussion, parties considering Iceland as the seat of arbitration should familiarise themselves with the Icelandic Arbitration Act and expressly deal with any uncertain issues in the arbitration agreement itself.

---

57 Gunnarsson, G. *Op. cit.*, p. ICE-96.

58 Larusson, H. *Op. cit.*, p. 118.

Irlanda (Ireland)

Damien Keogh

Summary: I. Introduction.— II. Sources of Arbitration Law.— A. Sources of Arbitration Law.— B. Statute.— C. Common Law.— D. Private Rules and Agreements.— III. Types of arbitration.— A. Types of Arbitration.— B. The Partie's Rights.— IV. Background to 2010 Act.— V. International Arbitration and the Model Law.— A. Introduction.— B. Arbitration Agreement.— C. Court involvement in arbitration.— D. Appointment of Arbitrator and Arbitral Tribunal.— E. Challenge of Arbitrators.— F. Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.— G. Conduct of arbitral proceedings.— 1. Fundamental Procedural Rights.— 2. Place of arbitration.— 3. Commencement of Arbitral Proceedings.— 4. Language.— 5. Pleadings and Written Procedure.— 6. Default of a Party.— 7. Experts.— 8. Court Assistance in Taking Evidence.— H. Making of Award and Termination of Proceedings.— 1. Rules Applicable to Substance of Dispute.— 2. Decisions-Making.— 3. Settlement & Awards.— I. Recourse Against the Award.— J. Procedure for Setting Aside an Award.— K. Recognition and Enforcement of Awards.— L. Grounds for Refusing Recognition or Enforcement.— VI. What has changed from the previous position? —the 2010 Act—noteworthy features.— A. Introduction.— B. The Role of the High Court.— C. Challenging/Setting Aside of Award.— D. Abolition of Case Stated Procedure.— E. Section 21 – Pre-Agreement between the Parties on Costs.— F. Jurisdiction. What disputes are «arbitrable»?— G. Reasoned Awards.— H. Interest.— VII. Conclusion.

I. Introduction

The purpose of this Chapter is to set out, mainly for the benefit of those with no prior knowledge of the law of Arbitration in Ireland, a synopsis of the most important and distinctive features of Arbitration in Ireland, and in particular, to examine the extent to which Irish legislation governing arbitration dictates and governs the manner in which arbitrations and arbitration proceedings are conducted in the State.

Arbitration law in Ireland has undergone a vast transformation recently with the introduction of the Arbitration Act 2010 (the «2010 Act»). This Act, which came into force on 8 June 2010, has overhauled Irish arbitration law with the aim of provi-

ding a uniform regime for arbitrations in Ireland, whether domestic or international in nature. This, it is hoped, will have the concomitant effect of promoting Ireland as a modern venue for international arbitration.

In order to fully appreciate the manner in which the 2010 Act influences and governs arbitrations in Ireland it is necessary to have a basic understanding as to the legal foundations and sources of Arbitration Law in Ireland and also comprehend what we mean when we refer to the dispute resolution procedure known as Arbitration. To this extent the Sections two and three of this Chapter deal with the sources of Arbitration Law and briefly outline what is understood by the concept of Arbitration.

Section four of this Chapter outlines the position prior to, and traces the background to the introduction of, the 2010 Act.

The fifth section of the Chapter outlines the main provisions of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration (the «Model Law»), which was adopted for use in all arbitrations in Ireland, both domestic and international, by the 2010 Act. In order to understand current Irish arbitration law, it is necessary to have a grasp on the principle provisions of the Model Law, as by virtue of the 2010 Act, the two are inextricably interlinked.

The final section of the Chapter examines in detail the provisions of the 2010 Act and the manner in which the Act influences the powers and authority of the Arbitrator and the duties as between the parties themselves and the parties and the Arbitrator. This section also examines the influence of the Courts on Arbitration and the effects of judicial supervision and support of the Arbitration process as provided for in the 2010 Act. This section concludes by examining specific issues including stay of proceedings, existence of an arbitration agreement and recourse against arbitration awards.

II. Sources of Arbitration Law

A. Sources of Arbitration Law

The Law of Arbitration is derived from three separate components, namely:

a) Statutes passed by the Oireachtas under powers conferred by the legislature.

b) Common Law made by the Courts in order to define how the various statutory provisions are to be applied.

c) Private rules and agreements made by the parties, and which determine the procedure to be followed and the powers of the arbitral tribunal.

B. Statute

The principal arbitral Statute concerning arbitration in Ireland is, since 8 June 2010, the Arbitration Act 2010. This repealed and replaced the previous somewhat fractured regime which consisted of the Arbitration Acts of 1954, 1980 and 1998, and provides that the Model Law apply to all arbitrations which take place within the Irish State. The 2010 Act will be discussed in more detail below.

C. Common Law

Common Law is that body of law established over the centuries by the reported decisions of the Courts. It enlarges the Statute Law, defines how statutory procedures and powers are to be applied, and is constantly developing in line with commercial practice and shifts in commercial law. Common Law principles are established upon the specific facts of a specific case, although in some cases powerful obiter often carries persuasive weight.

Common Law has undertaken such useful services as to lay down rules for the determination of whether an arbitral dispute exists, whether an Arbitrator can use his own knowledge or give evidence to himself and the appropriate procedure to be followed by an Arbitrator.

D. Private Rules and Agreements

Private rules and agreements reached between the parties effectively represent the law made by the parties themselves and include:

a) The contract, in all its terms (rights and obligations) including the matters agreed between the parties as applying to the conduct of their reference, and to the powers and authority of the Arbitrator;

b) The agreement of specific rules for the arbitration (institutional or otherwise), or of any specific administrative procedures or authorities;

c) The enlargement of the Arbitrator's statutory powers (e.g.):
   (i) Power to order security for parties' costs;
   (ii) Power to strike out upon failure to comply with rules or timetable;
   (iii) Power to order the securing of the subject matter of the dispute;
   (iv) Power to refuse leave to amend;

(v) Power to control the procedure.

d) Agreement upon the procedure to be applied;

e) Exclusion agreements to limit the supervisory authority of the Courts;

f) Mercantile custom and practice.

This «private law» can be said to comprise the contractual rights, obligations and remedies of the parties, any procedural issue, and any matter concerning the powers of the Arbitrator, that the parties might agree, provided that such matters are not illegal, and that they do not seek to oust the statutory, supervisory or other authority of the Courts, but it cannot (for example) empower the Arbitrator to:

a) Proceed with a case in which there is a question of fraud by either party;

b) Issue subpoenas;

c) Direct third party proceedings, or joinder (unless all parties to all contracts have agreed to submit);

d) Issue interim injunctions;

e) Appoint a receiver;

f) Enforce an Award.

III. TYPES OF ARBITRATION

In order to fully comprehend the relevance and influence of the provisions of the 2010 Act it is necessary to understand what is meant by Arbitration as a means of resolving disputes between parties.

A. Types of Arbitration

There are a number of ways means by which an Arbitration can come into existence:

a) Submission Agreement upon a dispute arising;

b) Statutory Arbitration – the 2010 Arbitration Act;

c) High Court or Circuit Court referral to arbitration (Section 32 of the Arbitration Act 2010)

d) Arbitration clause in contract (both domestic and international commercial arbitrations now governed by the 2010 Act).

B. The Partie's Rights

Arbitration provides a system whereby commercial contractual disputes can be resolved quickly, confidentially, certainly and with flexibility of procedures. The parties have:

a) The right (except in certain statutory arbitrations) to select their tribunal or to determine upon the institutional means whereby the Arbitrator is to be selected and appointed;

b) the right to be represented by the person of their choice;

c) the option of determining the procedure to be adopted, including the selection of contractual or Institutional Rules, or of empowering the Arbitrator to decide upon and direct the procedure;

d) The option of determining the timetable to be adopted, or of leaving that matter in the discretion of the Arbitrator;

e) The right to determine where the various processes are to take place, including the location of any hearing;

f) the right to instruct the Arbitrator to determine liability in advance of quantum («split-trial»), or to deal with other preliminary matters at an early stage in an endeavour to limit the time and expense of the process;

g) The knowledge that the Awards of the Arbitrator will be final and enforceable, except for a very limited range of appeal procedures;

h) The security of knowing that the Courts have certain powers of supervision over, and in support of, the process.

IV. Background to 2010 Act

Prior to the introduction of the 2010 Act, Ireland had two different arbitration regimes. Domestic arbitrations were governed for the most part by the Arbitration Act 1954 (the «1954 Act»), with small elements drawn from both the Arbitration Act 1980 (the «1980 Act») and the Arbitration (International Commercial) Act 1998 (the «1998 Act»). The latter Act also governed arbitration which was both international and commercial in character. In the event that a dispute arose in relation to a

contract where one of the parties was situate outside the jurisdiction or the subject matter was outside the jurisdiction, then that represented an international aspect to the arbitration and that would be an arbitration governed by the 1998 Act, which adopted the Model Law.

Prior to the 2010 Act therefore, when viewed from an international perspective, arbitration in Ireland could be perceived as being quite fractured, in that separate regimes existed for domestic and international arbitrations. In light of this, and in light of a recognition that the primary legislation governing domestic arbitrations in Ireland was over 50 years old and required some significant modernisation, the 2010 Act was introduced.

The 2010 Act repealed the 1954, the 1980 and the 1998 Acts. However it preserves the obligations which Ireland undertook when it gave the force of law to the Protocol on Arbitration Clauses opened at Geneva on the 24th day of September 1923 (the «Geneva Protocol»), the Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards done at Geneva on the 26th day of September 1927 (the «Geneva Convention»), the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature in Washington on 18 March 1965 (the «Washington Convention») and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York on 10 June 1958 (the «New York Convention»).

The 2010 Act was enacted into force on 8 June 2010, after several years of debate and discussion and it applies to all arbitrations commenced after that date.

V. International Arbitration and the Model Law

A. Introduction

The 2010 Act adopts for use the Model Law in all arbitrations that take place within the Irish state, both domestic and international. As Irish arbitration law is entirely founded on the Model Law, the former cannot be discussed without an overview of the tenets of the latter.

The Model Law was adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985 in recognition of the «the desirability of uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice».

The term «*commercial*» is not defined but a footnote to the Model Law makes it clear that it should be given a wide interpretation, so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, irrespective of whether the parties are «commercial persons» under any given national law, and irrespective of whether the relationship arises on the basis of a contract. Relationships of a commercial nature are intended to include those entered into by states or governmental agencies.

The word «*international*» however, is defined and means an arbitration where:

– The parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

– One of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business;
  (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; or
  (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject matter of the dispute is most closely connected; or

– The parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

The Model Law covers all stages of the arbitral process from the arbitration agreement to the recognition and enforcement of the arbitral award and reflects a worldwide consensus on the principles and important issues of international arbitration practice. It is divided into a series of Chapters; Chapter 1 concerns general provisions covering key definitions and rules of interpretation and the extent of court intervention. Chapter II focuses on the form of the arbitration agreement. Chapter III deals with the composition of the arbitral tribunal. Chapter IV deals with the jurisdiction of the arbitral tribunal. Chapter IVA deals with interim measures and preliminary orders. Chapter V deals with the conduct of arbitral proceedings. Chapter VI deals with the making of an award and the termination of proceedings. Chapter VII specifies the grounds on which an award may be set aside. Chapter VIII deals with the recognition and enforcement of arbitration awards.

The 2010 Act enables Irish companies to obtain an arbitration award/judgment which can be enforced against a company in another country if that country has either adopted the Model Law or has ratified the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The same applies to foreign businesses seeking to enforce an arbitral award in this jurisdiction. There are currently 146 signatories to the New York Convention.

Unlike the New York Convention, the Model Law, allows enforcement of an arbitration award irrespective of where it was made, there is no requirement that it be given in a state which is a party to any particular Convention.

The proofs required for the application are set out in article 35(2) of the Model Law and are the same as those referred to in article IV of the New York Convention. The original award and the original arbitration agreement or duly certified copies of each are required. If these are not in English or Irish then a translation will be required.

In procedural terms, enforcement of an award is straightforward, requiring an application to the High Court for leave to enforce the award which proceeds by way of originating notice of motion and evidence is given by way of affidavit. If the value of the claim is not less than €1 million an application can be made for entry into the Commercial List of the High Court. The average waiting period for entry to list to conclusion of action is 21 weeks.

Once leave to enforce the award has been obtained all of the normal execution remedies under Irish law will be available against assets within the jurisdiction in order to satisfy the award.

If the value of the claim is not less than €1 million an application can be made for entry into the Commercial List of the High Court. The average waiting period for entry to list to conclusion of action is 21 weeks. The Commercial Court was set up in January 2004 as a division of the High Court to provide efficiency in the resolution of commercial disputes in Ireland.

Once leave to enforce the award has been obtained all of the normal execution remedies under Irish law will be available against assets within the jurisdiction in order to satisfy the award.

The Dublin International Arbitration Centre[1] is run by the Bar Council of Ireland. It is a specially designed venue for international arbitration. It offers an independent, arbitration service on request. Its facilities include an arbitration room which can accommodate up to 200 delegates and a multimedia room.

B. Arbitration Agreement

The Model Law contains a broad definition of an arbitration agreement, and expressly states that the expression covers the reference of both existing and future

[1] Distillery Building, 147/151 Church Street, Dublin 7.

disputes to arbitration. Article 7 follows the New York Convention in requiring an arbitration agreement to be in writing, and this is amplified by confirming that exchanges made by telex or other forms of telecommunication are included, so long as they «provide a record of the agreement».

Article 7(1) touches lightly on the scope of arbitration by including, in the definition of the term «arbitration agreement», a reference to disputes arising out of a «defined legal relationship». Precisely what matters would be excluded in this context is not clear. However, it is plain that the parties may submit claims arising in tort (or delict) to arbitration, since the existence of a duty of care creates a legal relationship.

Article 8 requires a court, before which an action is brought, to stay those proceedings and to refer the parties to arbitration, where a valid arbitration agreement exists. This provision binds only the courts of the State applying the Model Law. However, it is not restricted to agreements providing for arbitration in that State and, thus, helps to give universal recognition and effect to international commercial arbitration agreements. The court, being in the case of Ireland, the High Court, is empowered to examine whether or not the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Article 9 makes it clear that it is not incompatible with an arbitration agreement for a party to seek interim measures of protection from a court either before or during the arbitral proceedings.

C. Court involvement in arbitration

The Model Law aims to encourage the delimitation of the involvement of the Court in arbitration. Article 5 provides that «[i]n matters governed by this Law, no Court shall intervene except where so provided in this Law». The Model Law itself provides for court involvement in two main ways.

The first aspect for court involvement relates to the appointment, challenge and termination of the mandate of an arbitrator (articles 11, 13 and 14), jurisdiction of the arbitral tribunal (article 16) and setting aside of the arbitral award (article 34). Article 6 provides that these functions should be entrusted, for the sake of centralization, specialization and acceleration, to a specially designated court by each state using the Model Law. Section 8 of the 2010 Act provides that the High Court is the designated court within the Irish state for the purpose of article 6.

The second aspect to court involvement relates to court assistance in taking evidence (article 27), recognition of the arbitration agreement, including its com-

patibility with court-ordered interim measures of protection (articles 8 and 9), and recognition and enforcement of arbitral awards (articles 35 and 36).

D. Appointment of Arbitrator and Arbitral Tribunal

Chapter III of the Model Law contains provisions relating to the appointment of arbitrators, the challenge of arbitrators and replacement of arbitrators.

Article 10 provides that the parties are free to determine the number of arbitrators but that, if the parties fail in such determination, the arbitral tribunal is to be composed of three members However, the Section 13 of the 2010 Act changes the default number of arbitrators to one, which was also the position under the 1954 Act.

Article 11 is primarily concerned with the mechanism for the appointment of arbitrators. The Article commences by stating: «No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties». Therefore, unless the parties have agreed otherwise they are not prohibited from nominating arbitrators of the same nationality as themselves. Furthermore, it also means that when an appointing authority (in the case of Ireland, the High Court) is called upon to select a sole or presiding arbitrator, it is not precluded from appointing an arbitrator of the same nationality as one of the parties. However, article 11(5) does specify that, where the court has to make such an appointment, it shall: «take into account ... the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties».

As regards the method of appointing the arbitral tribunal, article 11(2) provides that the parties may agree upon the procedure to be followed. Such an agreement is likely to involve the intervention of an appointing authority, often an arbitral institution. Parties need not choose an arbitral institution to act as appointing authority; they may select any individual or body. However, arbitral institutions are likely to have the most up-to-date information, including the names and qualifications of people suitable for appointment as arbitrators in any particular type of dispute. Where the parties do not choose an appointing authority, and where it proves to be impossible for the parties (or the arbitrators appointed by each of them) to agree upon a third arbitrator, the appointment will be made (on the application of either party) by the High Court as provided for in section 9 of the 2010 Act.

E. Challenge of Arbitrators

Article 12 deals with challenging the appointment of an arbitrator and provides that the appointment may only be challenged if «circumstances exist that give rise to

justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties».

The provision is expressed in this restricted way deliberately, in order to limit the possibility of a party disrupting the arbitral proceedings by making unmeritorious challenges. The Model Law also seeks to ensure that a challenge should only take place in the early stages of the arbitration, by requiring a person approached as prospective arbitrator to disclose any circumstances likely to give rise to «justifiable doubts» as to his impartiality or independence. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment was made.

There is no attempt to define the concepts of «*impartiality*» or «*independence*». Presumably they are related either to the parties themselves, or to the subject matter of the dispute. This appears to give a wide range of discretion to the court or appointing authority entrusted with ruling upon any such challenge.

Article 13 sets out the procedure for challenge. The parties may agree on the procedure for challenging an arbitrator although, whatever agreement they make, there will be the possibility of an appeal to the Court in respect of an unsuccessful challenge. The parties will usually agree that the designated appointing authority should rule on challenges. (In most cases, this will be so in any event when the parties have adopted the rules of an arbitral institution). As regards the procedure itself, unless the parties have agreed otherwise, a party who wishes to challenge an arbitrator must do so within 15 days of the constitution of the arbitral tribunal; or within 15 days of becoming aware of any circumstances that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. The method of challenge is to send a written statement of the reasons for challenge to the arbitral tribunal.

If both parties agree that the challenged arbitrator should withdraw, he must do so. If the parties do not agree, the arbitral tribunal must make a ruling on the challenge, although the challenged arbitrator may withdraw voluntarily if he wishes.

F. Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

Article 16 is one of the most important provisions of the Model Law as it adopts the international legal doctrine of «*Kompetenz-Kompetenz*», which means that the arbitral tribunal itself is to be the determining authority with the power to rule upon its own jurisdiction. This enables it to determine for itself whether:

a) An arbitration agreement is valid,

b) Whether the tribunal has been properly constituted under applicable law, and

c) What matters are to be determined by the arbitration under the agreement.

Article 16 also specifically recognises the autonomy, or separability, of the arbitration clause. It is to be treated as an agreement independent of the other terms of the contract as a whole. Thus, a decision by the arbitral tribunal that the contract is void, or voidable, does not automatically invalidate the arbitration clause. If this were not the case, a circular position would be reached in that the arbitral tribunal would have had no mandate to rule upon the validity of the contract.

However, the power of the arbitral tribunal to rule upon its own jurisdiction remains subject to court scrutiny. Article 16(3) provides that where an arbitral tribunal has ruled that it has jurisdiction, either party may seek that the Court rule on the matter. Such an application must be made within 30 days and the opinion of the Court is final. The arbitral tribunal is also given discretion under 16(3) to proceed with the tribunal while the decision of the Court in this regard is pending.

A problem that sometimes troubles practitioners is resolved in the Model Law. That is the question of whether or not a party waives his right to the jurisdiction of the arbitral tribunal by taking any step in the proceedings. Some practitioners have felt it important that a party who claims that an arbitral tribunal has no jurisdiction should boycott the entire proceedings. However, the provisions of article 16(2) make it clear that a party may take all the normal steps in an arbitration, up to the time of the submission of the statement of defence, without prejudicing his right to raise questions of jurisdiction.

Article 17 provides that, unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may make orders for interim measures of protection related to the subject matter of the dispute, and in relation to the provision of security for costs in respect to such measures. It is notable that the jurisdiction of the arbitral tribunal is limited to making orders in relation to the subject matter of the dispute and article 17 does not deal with enforcement of these orders; any other measures must be the subject of an application to the courts as provided in article 9.

G. Conduct of arbitral proceedings

1. Fundamental Procedural Rights

Article 18 sets out the fundamental principles on which arbitration procedures should be founded. They are, first, that there should be equality of treatment and secondly, that each party should be given a full opportunity to present his case. Article 24

builds on this by providing for a general right of parties to arbitration to oral hearings during the course of the proceedings, unless validly otherwise agreed by the parties.

Article 19 adds a third principle governing procedure, namely that of party autonomy. This article grants the parties the rights to decide on the procedures to be followed by the arbitral tribunal. However, party autonomy is given less weight than the fundamental rights requirements set out in article 18. Article 19(1) states: «Subject to the provisions of this Law the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings». Article 19 also provides that, where the parties have not agreed upon procedure, the arbitral tribunal has power to conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. Granting the arbitral tribunal the default decision making power in the event of non-agreement ensures that procedural issues not covered in the arbitration agreement or 2010 Act can be dealt with without having to have recourse to the Court.

These provisions have been described as the «*Magna Carta*» of arbitration procedure. They codify the basic expectation of parties who, in opting for arbitration for the resolution of disputes, are looking for a private means of resolving disputes, free from the formal procedural requirements of the courts. At the same time, they expect safeguards against biased or incompetent arbitral tribunals.

2. Place of arbitration

The emphasis placed on party autonomy can also be seen in the provisions dealing with the place of arbitration. Article 20 provides that the parties may choose a place of arbitration and that if the parties fail to agree, the place of arbitration will be determined by the arbitral tribunal. It is specifically provided that the arbitral tribunal may meet at any other place (unless the parties prohibit this by agreement) for such purposes as consultations, hearing witnesses and inspecting the subject-matter of the arbitration.

Article 31(3) provides that the award must state the place of arbitration and that it shall be deemed to have been made at that place. At the same time, some flexibility is permitted. The arbitral tribunal need not necessarily meet at the place of arbitration and the award need not be signed by all the arbitrators at the place of the arbitration.

3. Commencement of Arbitral Proceedings

The parties are also given the right in article 21 to agree upon the time at which the proceedings should be deemed to have been commenced. If they fail to reach such an agreement, the relevant date will be the date upon which a request for the dispute

to be referred to arbitration was received by the Respondent. This is an important provision, as it may have significant ramifications as regards the time limits within which a claim must be brought, if it is not to be barred by lapse of time.

4. Language

Following on from the general policy of party autonomy in relation to procedure, article 22 grants the parties the right to agree on the language or languages to be used during the proceedings. If there is no agreement, the arbitral tribunal itself will make the determination, and the arbitral tribunal may order that, where documentary evidence is in another language, the evidence should be accompanied by a translation into the language of the arbitration.

5. Pleadings and Written Procedure

Article 23(1) grants the Claimant the right to make submissions which are to «state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought», and grants the Defendant the right to «state his defence in respect of these particulars» and further that each party may annex to their statements all documents they consider to be relevant. The parties are also permitted under article 23(2) to amend or supplement may the documents or other evidence that they propose to submit at a later stage of the proceedings, unless the arbitral tribunal considers this inappropriate having regard to the delay involved or the prejudice likely to be caused to the other party.

It is noteworthy that article 23(1) is one of the few procedural provisions which may not be excluded by the parties. However, it is not specified that the statements referred to in Article 23 must be in writing, so it is still possible for the parties to agree to dispense with written statements of claim and defence, although this will no doubt be done only in rare cases.

As set out above, article 24 provides that the parties may unanimously agree to dispense with an oral hearing. But if either party requests a hearing, the arbitral tribunal must hold one unless the parties have previously agreed that any arbitration is to be on a «documents only» basis.

6. Default of a Party

Article 25 empowers the arbitral tribunal to continue the proceedings and to make an award where one party fails to comply with the requirements of the procedure agreed by the parties or established by the arbitral tribunal. Examples of party default speci-

fically mentioned in the article are where a party fails to communicate his statement of claim or defence, or where a party fails to appear at a hearing or produce documentary evidence. However, where the arbitral tribunal proceed despite the failure of the party to participate, the tribunal must do so without treating any such failure as an admission of the claimant's allegations. Accordingly, the arbitral tribunal is not given equivalent powers to that of the Court to issue a «default» judgement in favour of a claimant. It must satisfy itself as to the claims presented in the arbitration, and must make rulings upon them in its award.

7. Experts

In recognition of the fundamental principle that the parties are entitled to be heard, if the arbitral tribunal appoints an expert in accordance with the powers contained in article 26, the parties are entitled to examine that expert at a hearing, and to present their own expert witnesses to testify on the points which have been submitted for the opinion of the expert appointed by the arbitral tribunal. The arbitral tribunal may require a party to provide documents and other information to an expert appointed by the arbitral tribunal and to permit access to goods or property for his inspection.

8. Court Assistance in Taking Evidence

Article 27 provides that the arbitral tribunal itself, or a party with the approval of the arbitral tribunal, may make an application to the courts for assistance in bringing evidence before the arbitral tribunal. Besides this, the Model Law gives the arbitral tribunal no power to compel the attendance of witnesses or the production of documents. Section 14 of the 2010 Act, however, gives greater power to the arbitral tribunal by providing that they may direct that a party to an arbitration agreement or a witness who gives evidence in proceedings before the arbitral tribunal be examined on oath or on affirmation.

H. Making of Award and Termination of Proceedings

1. Rules Applicable to Substance of Dispute

Article 28 regulates the way in which the law applicable to the substance of the dispute is chosen. In further recognition of the principle of party autonomy, the parties are free to choose for themselves the law applicable to the substance of the dispute. However, where the parties fail to designate the applicable law, the arbitral tribunal itself determines that law by reference to the conflict of law rules which it considers applicable. This provision has been seen by many commentators to be a restrictive provision and as being contrary to the generally accepted practice of modern inter-

national commercial arbitrators. Certainly it involves a two-stage enquiry involving, first selection of the conflict rules to be applied and, secondly based on those rules, the selection of the applicable law. However, whilst the parties themselves have a free choice of the «*rules of law*» (which can be interpreted as being broader than traditional legal systems) applicable to the substance of the dispute, the freedom of the arbitral tribunal in this regard is limited under article 28(2).

2. Decisions-Making

Article 29 provides that, where there is more than one arbitrator, all decisions of the arbitral tribunal are to be made by a majority, unless the parties agree otherwise. The parties or the arbitral tribunal are given the right to authorise a presiding arbitrator to decide by himself on questions of procedure, but not on matters of substance.

3. Settlement & Awards

Article 30 deals with any settlement reached during the course of the proceedings. A consent award may be requested by the parties if they reach a settlement and the arbitral tribunal will record this in the form of an arbitral award on agreed terms. The arbitral tribunal may object to issuing such an award; presumably it would only do so in exceptional circumstances (for example, if the agreed settlement contained an unlawful element).

Article 31 specifies the requirements relating to form and contents of the award. In general, the main requirements are that the award must be in writing and signed by the members of the arbitral tribunal who make it. If it is a majority award, the signatures of the majority arbitrators are sufficient, although if an arbitrator does not sign, the reason for his failure to do so must be stated. The award must contain the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed otherwise, and it must state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 21.

Article 32 deals with termination of the proceedings, for reasons other than pursuant to a final award. The arbitral tribunal is given power to make an order for termination of the proceedings if the claimant withdraws his claim, the parties agree to its termination or when «the continuation of the proceedings has for any reason become unnecessary or impossible».

Article 33 provides that, either on its own initiative or at the request of one of the parties, the arbitral tribunal may, within 30 days of receipt of the award, correct any clerical or typographical errors in the award, or errors of a similar nature.

The arbitral tribunal may, if it considers the request justified and where all the parties agree, give an interpretation on a specific point or part of the award. However it may not do this on its own initiative, or at the request of only one party, without agreement of the other.

Furthermore, under article 33(3) a party may request the arbitral tribunal to make an additional award with regard to claims presented in the proceedings, but not dealt with in the award. Certain time limits are given for the procedures to be followed in relation to the correction and interpretation of awards, and additional awards.

I. Recourse against the Award

In contrast with many national laws on arbitration, which provide a variety of means of recourses against arbitral awards, often with lengthy time periods which have the effect of lengthening the process, the Model Law only provides for one type of recourse. Article 34(1) makes it clear that an application to set aside the award is intended to be the sole opportunity for recourse against the award.

The grounds for setting aside an award are set out in detail in article 34 and in essence are taken from article V of the New York Convention. In summary, they are:

- Lack of capacity of the parties to conclude an arbitration agreement, or lack of a valid arbitration agreement;
- Where the aggrieved party was not given proper notice of the appointment of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case;
- Where the award deals with matters not covered by the arbitration clause or submission agreement, thereby rendering the arbitral tribunal incompetent for lack of jurisdiction;
- Where the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or with the mandatory provisions of the Model Law itself;
- The subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under Irish law;
- Where the award (or any decision in it) is in conflict with the public policy of the state.

The «public policy» provision is intended to cover the possibility of setting aside an award if the arbitral tribunal has been corrupted in some way, or if it has been misled by corrupt evidence, and will include a situation where there has been a serious departure from fundamental notions of procedural justice. This ground was considered necessary because doubts were raised as to whether the requirements of equality of treatment and of giving the parties a full opportunity to present their respective cases adequately covered all the circumstances in which awards might be set-aside. However, it is evident that perceived notions of procedural justice and public policy will differ from state to state, which may have an impact on the parties' choice of jurisdiction.

J. Procedure for Setting Aside an Award

Article 34(3) provides that an application for setting aside an award must be made within three months from the date on which the aggrieved party receives the award (subject to any extended time limit that may be appropriate where corrections, interpretations or additional awards have been issued under article 33). However, it is important to note that Section 12 of the 2010 Act replaces this three month time limit, in the case of public policy, with a limit of 56 days from the date on which the circumstances giving rise to the application became known or ought reasonably to have become known to the party concerned. A reading of this provision reveals that while the time period of 56 days is shorter, the potential arguments behind the date on which time begins to run are much wider, which can be interpreted as requiring that arbitration files be retained indefinitely in the event of a future public policy challenge.

Article 34(4) creates an opportunity for the award to be rescued from total nullity where the defect complained of is capable of being remedied. The Court may suspend the proceedings for setting aside the award for a given period of time, so that the arbitral tribunal has an opportunity to resume the arbitral proceedings, or to take such other actions as, in the arbitral tribunal's opinion, will eliminate the grounds for setting aside. This is an equivalent provision to that of remission of an award. The only difference is that the Court does not actually order the arbitral tribunal to proceed in a particular manner, but merely gives it the opportunity to do so. In some cases (where, for example, there has been a fundamental unfairness in the proceedings) it may be impossible to prevent the proceedings from being a total nullity. The willing party will then be obliged to start a new arbitration, or, particularly where the Court holds that the arbitral tribunal did not have jurisdiction, start Court proceedings in order to obtain a remedy.

K. Recognition and Enforcement of Awards

The final chapter of the Model Law deals with Recognition and Enforcement of Awards. This chapter is drafted to reflect the overriding aim of the Model law; that the same rules should apply to arbitral awards whether made in the country of enforcement or abroad.

Article 35 provides that an award shall be recognised irrespective of the country in which it was made, and that enforcement may be granted following the deposit of the duly authenticated original award (or a certified copy) and the original arbitration agreement (or a certified copy). The documents must be also accompanied by certified translations where they are in a language which is not the official language of the state in which enforcement is sought. These are the same requirements for enforcement as are set out in the New York Convention, and the position generally with regard to the enforcement of foreign awards in Model Law states is similar to that in the New York Convention. Reciprocity is not included as a condition for recognition and enforcement.

L. Grounds for Refusing Recognition or Enforcement

Article 36 sets out the grounds for refusal of recognition or enforcement of an award, and the list of these grounds is in essence the same as that set out in article 34 in respect of having an award set aside. There are, however, differences in effect. The first is that a challenge on the initiative of the losing party under article 34 will, if successful, nullify the award altogether and render it incapable of enforcement. This is in contrast with the position where the losing party successfully defends an action for recognition or enforcement of the award in the country in which he has assets, but which is not the country in which the arbitration took place. The effect will then be to prevent the winning party from enforcing the award in that particular country. It does not destroy the award itself, nor does it render it impossible for the winning party to take action in other countries.

Another difference between article 34 and article 36 lies in the fact that the public policy requirements of the state in which the arbitration was held may be different from those of the State in which the winning party seeks to enforce the award.

A party who receives an unfavourable decision of an arbitrator therefore has a choice. He may take action to attack the award, by applying to have it set-aside under article 34, or alternatively, he may wait for the winning party to take steps to apply for a Court order for recognition or enforcement of the award and then proceed to defend that action under article 36.

VI. WHAT HAS CHANGED FROM THE PREVIOUS POSITION? —THE 2010 ACT— NOTEWORTHY FEATURES

A. Introduction

As the 2010 Act has adopted the Model Law in its entirety, the foregoing discussion on the Model Law sets out the principle features of Irish Arbitration law.

However, the 2010 Act also contains certain other provisions, which differ from the position prior to the introduction of the Act, and which do not derive from the Model Law.

B. The Role of the High Court

As stated above, the Model Law aims to reduce court involvement in the arbitral process and the assistance of the court is requested for only certain tasks, which are expressly set out in the Model Law. The relevant court for the purposes of the Model Law in Ireland is the High Court, as set out in Section 9 of the 2010 Act.

Section 10 of the 2010 further clarifies the powers of the High Court exercisable in support of arbitration proceedings and states that the High Court has the same powers in respect of arts. 9[2] and 27[3] of the Model Law as it has in any other action before the court.

However, Section 10(2) curtails the power of the court by providing that, unless the parties agree otherwise, the High Court cannot make any order in respect of security for costs or any discovery order. If the parties don't agree in their arbitration agreement that the Court will have these powers, then the default position is that the Arbitrator has the power to award security for costs.

In drafting any arbitration agreement, the parties should be alive to the fact that if they are silent on these issues, the Court has no power to assist them in those regards. The Court's powers with regard to discovery are important, particularly in terms of third party discovery. In relation to security for costs, there is a well-established and well-considered jurisprudence within the State regarding the availability of security for costs, which is not readily ordered by the Courts. If the Court's powers regarding

---

2 Article 9 of the Model Law provides that it is not incompatible with an arbitration agreement for a party to apply to the Court either before or during arbitral proceedings for an interim measure of protection and for the Court to grant such a measure. See 5.2 above.

3 Article 27 of the Model Law provides that either the arbitrator or a party with the approval of the arbitrator may request the court's assistance in the taking of evidence. See 5.7 above.

discovery and security for costs are not expressly retained, they will be lost to the parties.

Section 11 is also very significant. This provides that there is no appeal to the Supreme Court in respect of decisions of the High Court on stay applications under article 8, setting aside awards under article 34 or applications for the recognition and enforcement of arbitral awards, whether under the Model Law or any of the Geneva, New York or Washington Conventions.

The Model Law also clarifies that there is no appeal from a decision of the designated court in respect of the challenge to an arbitrator under articles 13 and 14 or in respect of a High Court determination on jurisdiction under article 16. This effectively removes any powers that had been given to the Supreme Court under Section 53 of the 1954 Act. The rationale for restricting appeals is that it gives finality to the arbitral process and reflects the wishes of the parties to contract out of Court-based dispute resolution and opt for private arbitration.

In addition, it remains possible to appeal to the Supreme Court in respect of any decision of the High Court in respect of interim measures, the taking of evidence, discovery or the ordering of security for costs.

C. Challenging/Setting Aside of Award

This is one of the biggest changes brought about by the introduction of the 2010 Act. Section 38 of the 1954 Act provided for an express ground of challenge for misconduct, which had been interpreted by the Courts to include a situation where the arbitrator's decision contained, on its face, «an error of law so fundamental that the courts cannot stand aside and allow it to remain unchallenged».[4] However, as discussed above, under the 2010 Act the grounds are limited to those provided for in article 34 of the Model Law, *i.e.*, public policy reasons or procedural unfairness, which makes it much more difficult to challenge an award, and there is no room for the list set out in article 34 to be expanded to cover a case, for example, of proven misconduct by the Arbitrator, or where there has been an error of law in the decision, as provided for the 1954 Act.

As discussed above, the «*public policy*» provision contained within art. 34(2)(b) is intended to cover the possibility of setting aside an award if the arbitral tribunal has been corrupted in some way, or if it has been misled by corrupt evidence, and

[4] As per McCarthy J in *Keenan vs. Shield Insurance Company Limited* [1988] IR 89 at 96. See also the more recent decision of *Galway City Council vs. Samuel Kingston Construction Ltd. & anor* [2010] IESC 18.

will include a situation where there has been a serious departure from fundamental notions of procedural justice. The vagueness of the concept of public policy, and the different interpretations given to it by different countries, means that this provision could potentially be used by a challenger to ground an application to have an award set aside for misconduct, or due to an error in law.

Due to its relative newness, little case law has been generated to date on the Arbitration Act 2010. However, the Irish High Court has previously given judicial consideration to the meaning of the public policy provision in the Model Law, in the context of a case regarding the enforcement of a foreign award under the 1998 Act. In *Broström Tankers AB vs. Factorias Vulcano S.A.*[5] Kelly J. gave an indication of the type of conduct that the Irish Court would perceive to be necessary in order to satisfy the public policy test. He stated:

> I am satisfied that there are strong public policy considerations in favour of enforcing awards […]. I am quite satisfied that a refusal of an enforcement order on grounds of public policy would not be justified in this case. To do so would extend to a very considerable extent the notion of public policy as it has come to be recognised in the context of the enforcement of an arbitral award. The case law and the textbook writers make it clear that the public policy defence to an enforcement application is one which is of narrow scope. It extends only to a breach of the most basic notions of morality and justice.

Counsel for the defendant in this case had argued that the Irish courts should refuse enforcement of the arbitration award in Ireland on the grounds of public policy, because to order enforcement would confer a commercial advantage on the plaintiff which it might not get under Spanish law, since at that stage the defendant had obtained a form of court protection in Spain under which it was liable to pay its creditors just 10% of the debts due to them.

The Irish High Court held that in the absence of any authority supporting this position, either from Ireland or elsewhere, a refusal to enforce the arbitration award on the grounds of public policy was not justified. The Court stated that it would be justified in refusing enforcement only if there were (as stated in Cheshire & North's Private International Law - 13th Edition) «some element of illegality, or possibly that enforcement would be wholly offensive to the ordinary responsible and fully informed member of the public».

As recently as five months before the introduction of the 2010 Act, in *Galway City Council vs. Samuel Kingston Construction Ltd. & anor* [2010] IESC 18, the Irish

[5] (2004) 2 IR 191.

Supreme Court reconfirmed that it was willing to set aside an arbitrator's award where there was errors of law in the arbitrator's decision. In this case, the Supreme Court also ordered the removal of the arbitrator for misconduct on the basis that he fell asleep during the hearing and because he made inappropriate ex parte contact with one of the parties. However, this case was decided in the context of the 1954 Act, which contained an express ground for challenge for misconduct. Therefore, until such time as these issues are raised in the context of the 2010 Act, it is unclear whether the Irish Court will persist in its willingness to set aside an arbitrator's award on grounds of an error of law or misconduct, or if it will take a narrower interpretation of the grounds set out in article 34 and the meaning of «public policy».

D. Abolition of Case Stated Procedure

Section 35 of the 1954 Act contained a procedure whereby the arbitrator could refer a special case stated to the High Court, in situations where a question of law arose during the course of the arbitration and resolution of this was necessary for the proper determination of the case. The reasoning behind Section 35 was that arbitrators might, in some instances, need judicial assistance in assessing the legal rights and obligations of the parties.

The case-stated procedure has, however, been abolished by the 2010 Act. The rationale for its abolition was a recognition that the procedure might be used as a delaying tactic, and the change was designed to strengthen the integrity of the arbitration process and deter delays to its finality. The change also reflects the ethos of the Model Law, which promulgates limited court involvement in the arbitration process.

In practice, the omission of this procedure is likely to lead to parties placing a greater focus on the choice of arbitrators and their appointment mechanisms together with a greater focus on the specific rules to be applied to the arbitration. Parties commencing arbitral proceedings after June 8, 2010 must be careful in choosing their arbitrators. They must be confident that they are not only competent to examine the questions of fact and the technicalities of any special expertise involved in the case, but also the intricacies of the law. This may have the indirect effect of improving the standard of arbitrators operating in Ireland, and lead to more refined and sophisticated terms being used in arbitration agreements.

In addition, as set out above, article 26 of the Model Law contains a provision permitting arbitrators to seek expert assistance on a matter (including a point of law), and to require participation of experts at an arbitral hearing. The incorporation by the 2010 Act of this provision softens the blow of the abolition of the case-stated procedure. In light of the removal of the case-stated procedure, it is likely that from now on tribunal experts in law will be called upon more frequently to ensure that the appropriate expertise is available to arbitrators.

E. Section 21 – Pre-Agreement between the Parties on Costs

The previous position in Irish law regarding costs of the arbitration was somewhat inadequate. Under Section 29 of the 1954 Act the power to award costs was at the discretion of the arbitrator. Section 30 of the 1954 Act provided that any provision in an arbitration agreement to the effect that the parties shall in any event pay their own costs of the reference or award would be considered void. However, there was nothing to prevent the parties reaching such agreement on costs after the dispute had been referred to arbitration.

Section 21 of the Arbitration Act 2010 now provides that the parties to an arbitration agreement may, at the outset, make such provision as to the costs of the arbitration as they see fit. The power of the parties to agree at the beginning of the relationship to allocate costs in advance of any dispute is something which is of huge significance and will have a major impact on a wronged party's recourse.

It permits a party with greater bargaining position to seek to pre-impose costs allocations, which are not consistent with the standard principal that costs follow the event, at the outset when the contract is being negotiated and the arbitration provisions inserted into the contract. This would make it difficult for the weaker party to subsequently issue proceedings, if they ran the risk of having to bear their costs in those proceedings.

F. Jurisdiction. What disputes are «arbitrable»?

The 2010 Act takes a wide approach when determining what disputes are «arbitrable». However, there are some exceptions. As a general principle, unwritten arbitration agreements do not fall within the scope of the Arbitration Act 2010. More specifically, Section 30 of the 2010 Act clarifies that the Act does not apply to disputes regarding the terms and conditions of employment or the remuneration of employees, or to arbitrations conducted under Section 70 of the Industrial Relations Act 1946. The Arbitration Act 2010 also does not apply to arbitrations conducted by a property arbitrator appointed under Section 2 of the Property Values (Arbitration and Appeals) Act 1960. Under the Arbitration Act 2010, consumer disputes, where the arbitration clauses are not individually negotiated and which are worth less than €5,000, are only arbitrable at the election of the consumer.

Prior to the introduction of the 2010 Act, the argument was often raised in arbitration disputes, that uncertainty existed as to whether a contract, which a party was seeking to use to instigate arbitral proceedings, ever came into existence. The opposing party would in these circumstances seek to argue that there was no

binding arbitration agreement on the basis that there is no binding contract. The only alternative for a party who was looking to instigate arbitration proceedings was to first go to Court and get the Court to decide on whether or not a contract came into existence or that there was a binding arbitration agreement within the contract.

The adoption by the 2010 Act of Article 16 of the Model Law is an important development in terms of jurisdiction, as it provides that the «arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction», which includes any questions regarding the existence or validity of the arbitration agreement. The position is now clear that the arbitrator can determine whether he or she has jurisdiction to hear the dispute.

As set out above, the power of an arbitrator to determine its own jurisdiction is subject to Court scrutiny under article 16(3) of the Model Law. In terms of the Court, the 2010 Act designates the High Court in Dublin as the relevant court for the purposes of article 16(3) and any subsequent challenge to a tribunal's preliminary ruling on jurisdiction. Any request that the High Court decides on the matter shall be made within 30 days, and under Section 11 the High Court's decision is not subject to appeal. In addition, Section 8(3) of the 2010 Act specifically provides that where the parties agree that disputes under a contract or agreement or disputes of arising out of a contract or agreement shall be submitted to arbitration, that includes disputes as to the existence or validity of the contract or agreement. This ensures that the arbitrator has the power to determine disputes regarding the existence of a binding contract.

In terms of the extent of the arbitrators' jurisdiction, the arbitration tribunal cannot exercise any jurisdiction over a party who is not a party to the arbitration agreement. Moreover, Section 16 of the 2010 Act provides that the tribunal cannot order the consolidation of arbitral proceedings or concurrent hearings unless the parties agree. The courts cannot give a tribunal jurisdiction over individuals or entities that are not a party to an arbitration agreement. However, pursuant to Section 32 of the Arbitration Act 2010, the courts can adjourn court proceedings to facilitate arbitration if it thinks it appropriate to do so and the parties consent. This is a significant development which should encourage the use of arbitration in Ireland.

G. Reasoned Awards

The default position under the 2010 Act is that an arbitrator has to give a reasoned award. This is contrary to the previous position in Ireland and a position which was upheld by a number of High Court decisions in recent years, namely that the arbitrator is not obliged to give reasons for his decision unless he has agreed to do this in his

terms of appointment. This should have the indirect effect of enhancing the calibre of arbitrators and their decisions, as if they are subject to scrutiny, more emphasis is likely to be placed in ensuring they are well reasoned.

H. Interest

The Model Law does not deal with interest. Therefore, Section 18 of the 2010 Act adds this important provision in respect of arbitration to the adopted provisions of the Model Law.

Section 18(1) of the Arbitration Act 2010 states that the parties may agree on the tribunal's powers regarding the award of interest. In the event the parties do not agree this, Section 18(2) permits the tribunal to award simple or compound interest from the dates agreed, at the rates that it considers as «fair and reasonable». It can determine such interest to be payable on all or part of the award to the date of the award, or on all amounts claimed in the arbitration but actually paid over before the award to the date of payment. It can also determine such interest to be payable on the sums due under the award from the date of the award to the date of payment. Accordingly, if there is no prior agreement on the tribunal's powers with regard to interest, the tribunal has substantial discretion regarding interest. In practice, the prevailing commercial rate would often be applied.

A similar provision had been included in the 1998 Act. However, the words «fair and reasonable» in the 2010 Act have replaced the words «meets the justice of the case» in the 1998 Act.

VII. Conclusion

Ireland has a long and proud tradition of supporting arbitration, both domestic and international. At present in Ireland, the most common types of significant disputes referred to arbitration are those arising under construction contracts. M&A sale and purchase agreements and Irish public sector agreements also sometimes provide for arbitration as the dispute resolution mechanism and significant disputes can arise.

There are many reasons why Ireland is an attractive venue for international arbitrations, not least because of its neutrality, the fact it is English speaking, physically located in Western Europe, has good transport and communications infrastructure, and has the necessary facilities and services for the conduct of hearings.

In recent years, Ireland has co-ordinated its legislative, professional and service resources to put in place a comprehensive infrastructure for the conduct of international arbitration and this is a growing sector.

The legislature has implemented the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in full, with some additional measures designed to increase the autonomy of the arbitration process. Irish lawyers are familiar with the Model Law and they frequently act in international arbitrations as arbitrators and representatives of parties to arbitral proceedings. Education and training is provided to ensure that the benefits of arbitration are understood across the legal and business sectors.

Ireland is also a party to the New York Convention on the Enforcement of International Arbitration awards.

The Irish Courts have historically been very supportive of arbitration and this approach is continuing and will be reinforced under the Arbitration Act 2010.

Indeed, under the Arbitration Act 2010, the possibility of appeal to the Supreme Court (the highest appellate court in Ireland) is limited, which is also indicative of the legislative support for arbitration. The Irish Courts have also displayed a strong policy of staying court proceedings in favour of agreements to arbitrate, and this is also strengthened under the 2010 Act as article 8 provides that, if an action is brought before the court in a matter which is the subject of an arbitration agreement, the court shall refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Through the 2010 Act, it has increased its attractiveness because of the regime it now offers to potential disputants. It will have a standard legal regime applicable to domestic and international arbitration, which means local practitioners and arbitrators, who are already highly skilled and professional, will have experience in dealing with the Model Law across a range of disputes.

The Law of International Commercial Arbitration in Italy

Francesca Gesualdi
C. Ferdinando Emanuele

Summary: I. A definition of International Commercial Arbitration.— II. Introduction to International Commercial Arbitration Law in Italy.— III. Arbitration Agreement.— IV. Multiparty Arbitration.— 1. Introduction to relevant issues and the approach of Italian Courts before 2006.— 2. Multiparty Arbitration after the 2006 Reform.— V. Arbitral proceedings.— 1. Law governing the procedure.— 2. Taking of evidence.— 3. Arbitrators' power to grant interim measures.— 4. The law applicable to the merits of the case.— 5. Institutional arbitration.— VI. The award.— 1. Time limit, method of deliberation, form and consent.— 2. Effects of the award.— 3 How to challenge the award.— VII. Conclusion.

I. A definition of International Commercial Arbitration

Before 2006, international commercial arbitration was defined by art. 832 of the Italian Code of Civil Procedure («*c.p.c.*») as the arbitration proceedings where «at the moment in which the arbitration clause or the arbitration agreement are entered into, at least one of the parties has its residence or its effective seat abroad or» where «a significant part of the obligations arising out of the relationship to which the dispute refers must be performed abroad».[1]

In other words, Italian law provided for two alternative criteria for the recognition of the international character of arbitration proceedings (and for the consequent application of the relevant regulation): one objective (performance of the obligations), and the other subjective (nationality or residence of the parties). Thus, arbitration proceedings were considered international (and the relevant rules applied), if at least one of their constitutive elements was referrable to a legal system other than the Italian legal system.[2]

---

1 *See* former art. 832(1) of c.p.c.

2 *See* Lupoi, M.A. «Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità». In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* («*Riv. Trim. Dir. Proc.*»), 2009, pp. 1339-1372. *See* also Briguglio,

Art. 832 of the c.p.c. was repealed by Legislative Decree n.° 40 of 2006 (the «*2006 Decree*») and currently no definition of international arbitration exists under Italian law.

However, when mentioning international arbitration in Italy, scholars and practitioners still refer to: an Italian arbitration presenting objective and/or subjective cross-border elements.[3]

In an attempt to give a more precise definition of international arbitration, the first question that needs to be answered regards the identification of the nationality of arbitration proceedings. Since 1994,[4] the criterion adopted for this purpose by the Italian legal system has been that of the seat of arbitration. This rule implied that an arbitral award could be considered Italian only if it was rendered at the end of arbitral proceedings, whose seat had been formally determined by the parties or by the arbitrators pursuant to art. 816 c.p.c.,[5] providing for that "*the parties establish the seat of the arbitration in the territory of the Republic; otherwise it will be for the arbitrators to establish the seat of the arbitration* [...]".[6]

The 2006 reform amended this provision,[7] introducing the following second paragraph to art. 816 c.p.c.: «[i]f parties or arbitrators did not establish the place of arbitration, the seat is that in which the arbitration agreement was entered into. If the arbitration agreement was entered into outside the national territory, the seat of arbitration is Rome».

This provision has been interpreted as requiring, in the determination of the seat of arbitration, an investigation on the real intent of the parties. This means that, if parties to an arbitration agreement signed abroad did not formally elect to establish the seat in Italy, but manifested otherwise their intention to have an Italian arbitration (*i.e.*, by choosing the application of Italian procedural law), the proceedings will be Italian.[8]

A. «Chi ha paura dell'arbitrato internazionale?». In *Rivista dell'Arbitrato* («*Riv. Arb.*»), 1998, pp. 721-727.

3 *See* RUBINO-SAMMARTANO, M. *Il diritto dell'arbitrato*. Cedam, 2010, pp. 195-218, for a thorough analysis of the notions of national and foreign arbitration.

4 Prior to 1994, the criterion adopted by the Italian legal system for the identification of the nationality of arbitration was that of the place in which the award was rendered. *See* former art. 824 c.p.c.: «*Place of decision. The award must be rendered in the territory of the Republic*».

5 *See*, *ex multis*, CECCHELLA, C. «La 'sede' dell'arbitrato». In *Riv. Arb*, 2001, pp. 189-204, at pp. 199-204. *See* also, PICOZZA, E. «Art. 816». In *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, 2010, pp. 169-185, at p. 170.

6 *See* former art. 816(1) and art. 816(1) c.p.c.

7 *See* ¶ 2 *infra*.

8 *See* PICOZZA, E. «Art. 816». *Op. cit.*, at p. 173.

Once the Italian nationality of the proceedings has been established, the cross-border elements conferring to an Italian arbitration an international character need to be identified. For this purpose, the UNCITRAL Model Law offer some guidance by deeming arbitral proceedings to have an international nature when: the (i) parties have their places of business in different countries; (ii) place of arbitration is different from the country in which the parties carry out their business; (iii) obligations are to be performed in a country different from that in which the parties carry out their business; (iii) place which is most closely connected to the subject matter of the dispute is different from the country in which the parties carry out their business; or (iv) the parties agreed that the subject matter of the arbitral dispute concerns more than one country.[9]

Literally speaking, «international arbitration» is a notion different from «international commercial arbitration». The first generally refers to disputes in which both parties are either nation states or other international public entities and that are regulated by international public law, while the second generally implies that at least one party is a private entity (*i.e.*, a company) and that the subject matter of the dispute is of commercial nature.

The two forms of arbitration meet different needs, and the issues connected to them are different in nature.[10] However, in the following paragraphs both expressions will be employed in an interchangeable way. Therefore in this Chapter, «international arbitration» or «international commercial arbitration» will be used as meaning: an Italian arbitration (i) in which at least one of the parties is a private subject; (ii) which concerns commercial-related interests; and (iii) presents at least one objective or subjective element afferent to a foreign legal system.

---

9 Art. 1(3) of the UNCITRAL Model Law, available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (last visited on 30 January 2013): "An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country".

10 See Benedettelli, M.V. & L.G. Radicati di Brozolo. «L'Italia e l'arbitrato internazionale». Corriere Giuridico, 2011, pp. 136-143, at p. 136, «[i]nternational arbitration gives rise to issues which are in nature very different from international commercial arbitration, which however is very often indicated as international arbitration tout court».

II. Introduction to International Commercial Arbitration Law In Italy

Both domestic and international arbitration in Italy are regulated by the Code of Civil Procedure, whose provisions were significantly amended in the last 15 years.

The first specific regulation applicable to international arbitration in Italy was that provided for by the European Convention on International Commercial Arbitration, which applies to «arbitration agreements concluded for the purpose of settling disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States».[11]

However, even if Italy ratified the treaty (which was supposed to prevail over domestic legislation) in the 1970s, the Convention never received the attention it deserved. This was probably due to the fact that the treaty required the *contemporary* presence of a subjective and an objective element, the latter being difficult to ascertain.[12]

Law n.° 25 of 1994 introduced arts. 832-838 of the c.p.c., an autonomous and organic section specifically dedicated to international arbitration.[13] The reform, enacted on the wake of the UNCITRAL Model Law,[14] acknowledged the peculiarities of international commercial relationships and had the aim of regulating international arbitration in a more liberal and flexible fashion than domestic private proceedings. The structure of the section reflected this purpose. Art. 832 c.p.c.,[15] in fact, gave a definition of international arbitration, thereby circumscribing the area of application of subsequent provisions, while arts. 833-838 c.p.c. provided for a series of rules derogating form those applicable to domestic arbitration.[16]

The choice of providing an autonomous legislative framework for international commercial arbitration has been made by several European legal systems (*i.e.*, France

---

11 Art. 1(1)(a) of the European Convention on International Arbitration, available at http://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf (last visited on 30 January 2013).

12 *See* ALPA, G. & V. VIGORITI. «Arbitrato (Nuovi profili dell')». In *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 2011, pp. 38-99, at p. 80.

13 *See* Law n.° 25 of 1994, published on the Official Journal of the Republic of Italy («*Gazzetta Ufficiale*»), 17 January 1994, n.° 12.

14 *See* BERNARDINI, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Diritto del Commercio Internazionale* («*Dir. Comm. Int.*»), 2009, pp. 481-501, at p. 482.

15 *See* former art. 832 c.p.c.

16 *See* BERNARDINI, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 482.

and Switzerland),[17] while other countries have opted for a single legislative regime for both domestic and international arbitration.[18] Even if the dual approach allows one to take into account the peculiarities of international transactions and lets the private autonomy of the parties play a more significant role, it cannot be deemed to be preferable in principle. Given the commonality of issues underlying both international and domestic arbitration (*e.g.*, the scope of arbitration agreements, applicable laws, and equality of the parties), in a modern legal system, which takes into account the growing need for assuring expedient and cost-effective resolution of both internal and cross-border commercial disputes, a single set of rules can be equally suitable to meet such needs.[19]

In 2005, the Italian Government directed the Parliament to carry out a systematic reform of the law of arbitration. Delegated Law n.° 80 of 2005 (the «*Delegated Law*»), containing the framework criteria of the reform, provided for the abrogation of the section specifically dedicated to international arbitration and for the «by and large extension [of the rules governing international proceedings] to domestic arbitration»,[20] with the introduction of «the necessary adaptations».[21] The purpose was clearly to create a single set of rules, by extending also to wholly internal arbitral disputes the most liberal regulation of international arbitration.[22]

The reform was enacted by the 2006 Decree.[23] As many legal scholars and practitioners pointed out, the 2006 Decree did not fully comply with the above mentio-

---

17 *See* for France: arts. 1504-1524 of the New Code of Civil Procedure, available in French at http://www.legifrance.gouv.fr (last visited on 30 January 2013); and for Switzerland: arts. 176-194 of the Swiss Private International Law Act, available in German, Italian and French at http://www.admin.ch (last visited on 30 January 2013).

18 *See*, *e.g.*, for the United Kingdom: English Arbitration Act 1996, available at http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents (last visited on 30 January 2013); for Germany: the German Arbitration Law (1998), available at http://www.dis-arb.de/en/54/content/gesetzgebungsmaterialien-id41 (last visited on 30 January 2013); and for Austria, the Austrian Arbitration Law (2006), available at http://portal.wko.at/wk/dok_detail_html.wk?AngID=1&DocID=730899&StID=346351 (last visited on 30 January 2013).

19 *See* Bernardini, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 483.

20 *See* art. 3(b) of the Delegated Law, published in *Gazzetta Ufficiale*, 14 May 2005, n.° 111.

21 *Ibid.*

22 See Lupoi, M.A. «Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità». *Op. cit.*, at p. 1351: «[i]n the intentions of the delegating Government [...] the rules governing international arbitration should have 'died' as autonomous specific regulation, in order to 'revive' as general regulation, inspired by the same informal principles, intended to enhance the role of the will of the parties». *See* also Bernardini, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 484: «[t]he extension of the regulation of international arbitration should have been 'the rule', while the non-extension should have been justified each time».

23 *See* the Delegated Law. *Op. cit.*, at n.° 20.

ned directions and, for this reason, the purpose of providing a single and sufficiently flexible law for both domestic and international proceedings was deemed to have been partially frustrated.

In the following paragraphs, along with a discussion of its critical aspects, an account of the main innovations brought in by the 2006 reform will be given. Particular attention will be paid to those innovations which are likely to have an impact on commercial players' decision to choose Italy (and Italian law) as the seat for arbitration. Therefore, this Chapter is not intended to give a comprehensive view of all the rules governing all the aspects of commercial arbitration in Italy; rather it will provide readers with certain indications on those that seem to be the most crucial aspects to take into account when considering to choose Italy the as seat for international arbitrations.

Most specifically, it will deal with: (a) the arbitration agreement; (b) the provisions regarding multiparty arbitration; (c) arbitral proceedings, with a view to (i) the law governing the procedure, (ii) the taking of evidence phase, (iii) arbitrators' power to grant provisional measures, (iv) the law applicable to the merits of the case, (v) the law of institutional arbitration, and (d) the award, with particular regard to its effects and grounds of challenge.

III. Arbitration Agreement

An arbitration agreement can be concluded either in the form of a "submission agreement", namely an agreement thorough which the parties decide to refer an existing dispute to arbitrator(s), or of an "arbitration clause",[24] which is a provision, generally contained in a contract,[25] providing for, *e.g.*, the submission to arbitrator(s) of disputes relating to the contract. Italian law provides for a single regulation covering both typologies.[26]

---

[24] *See* arts. 807 and 808 c.p.c., providing for, respectively, the submission agreement and the arbitration clause.

[25] Arbitration clauses are typically, but not exclusively, provided for by a contract entered into by two or more parties. However, there are cases in which the clauses can be found elsewhere. For instance, this is the case of arbitration commitments that merging companies submit to the EU Commission in the merger clearance procedure in circumstances with antitrust concerns. *See* Blanke, G. «International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions». In *EU and US Antitrust Arbitration*, 2011, Kluwer Law International, pp. 1605-1724, for a complete overview of the subject.

[26] The 2006 reform introduces a new section with the heading 'Arbitration Agreement' which regulates both the submission agreement and the arbitration clause. *See* Bernardini, P. «National report for Italy». In *International handbook on commercial arbitration*, 2007, pp. 1-58, at p. 7: «[the new section

In addition to the two types just mentioned, art. 808-*bis* c.p.c. —which was introduced by the 2006 reform— provides for a third kind of arbitration agreement: the accord to arbitrate future non-contractual matters,[27] allowing the parties to stipulate an agreement pursuant to which any future disputes arising out of one or more non-contractual relationships between the parties will be decided by arbitrators.

The provision is innovative and contributes to the enlargement of the number of the controversies which can be submitted to arbitrators.[28] Indeed, even if former arts. 806 (submission agreement) and 808 (arbitration clause) c.p.c.[29] allowed parties to submit to arbitrators both contractual and non-contractual existing disputes, they only consented to the arbitration of future potential disputes arising in connection with a contract.[30] As a result, while it was feasible to arbitrate an existing non-contractual dispute, it was not possible to do the same for future potential claims of the same nature.

Therefore, with the introduction of art. 808-*bis*, parties can now pre-emptively agree to submit to arbitration, those non-contractual disputes concerning, *e.g.*, brands, hall marks and, more generally, unfair competition conducts.[31]

---

is conform] to the majority of national systems, which have since long recognized the substantial unity of the two forms of submission to arbitration as to their condition of validity and effects».

27 *See* art. 808-*bis* c.p.c., providing that «[p]arties can enter into an ad hoc agreement, providing for that future dispute relating to one or more determined non-contractual relationships shall be decided by arbitrators. The agreement must have the same form required by art. 808 c.p.c. for the submission agreement».

28 *See* Ruffini, G. «Patto compromissorio». In *Riv. Arb.*, 2005, pp. 711-726, at p. 716: «[t]aking advantage of the delegated law, which provided for the availability of the subject matter as the only criterion applied in the determination of arbitrability of controversies, Parliament removed the prohibition to submit to arbitrators future non-contractual disputes [...]. Such prohibition was derived from the construction of arts. 806 and 808 c.p.c., which were almost unanimously interpreted as admitting the submission to arbitrators only of the non-contractual claims which were already existing, pursuant to art. 806 c.p.c. (submission agreement), in fact, it was not possible to apply to non-contractual disputes the provision of art. 808 c.p.c. (arbitration agreement)». *See contra*, Bernardini, P. «Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia». In *Dir. Comm. Intern.*, 2006, pp. 227-254, at p. 230: «[t]his provision is doubtfully useful, in fact there was nothing preventing parties from extending their arbitration agreements to such relationships also before the reform was enacted».

29 *See* former arts. 807 and 808 c.p.c.

30 *See*, *e.g.*, La China, S. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. Giuffré, 2004, at p. 20: «[...] with the submission agreement, parties decide to submit to arbitrators a contractual or non-contractual dispute, which has already arisen between the parties; while the arbitration agreement is limited to contractual controversies and it operates in a preventive way [...], because it does not concern existing disputes, but rather the dispute that may arise from the relationship».

31 S*ee* Motto, A. «Articolo 808-bis c.p.c.». In *Commentario alle riforme del processo civile*. Cedam, pp. 516-545, at pp. 532 and ss., for a comprehensive list of the disputes which can now be arbitrated under art. 808-*bis* c.p.c.

New art. 808-*bis* can be viewed as an example of the general tendency of the 2006 reform to extend the borders of arbitrability in compliance with one of the criteria of the Delegated Law.[32]

In the same vein, art. 806 c.p.c., currently rubricated «Arbitrable Disputes», was also reformulated in a more liberal fashion. In its former version, it provided for a general rule prohibiting parties to arbitrate those disputes that could not «be handled by a settlement agreement».[33] The reform replaced this criterion with that of the «disposability of the right», providing that: «parties can submit to arbitrators those disputes whose subject matter is a disposable right».[34] Although it has been argued that the two criteria differ more from a formal point of view than from one of substance,[35] the two concepts do not perfectly coincide, the latter being broader than the former. What follows can help in understanding why. Art. 1972 of the Italian Civil Code («*c.c.*») prohibits the settlement of disputes that concern a contract which is null and void, in the case in which its nullity derives from illegality. Therefore there exist (at least) one case in which the right to act in order to obtain the recognition of the nullity of the contract (*azione di nullità*), which is a freely disposable right, cannot be handled by a settlement agreement.[36] New art. 806 c.p.c. now makes clear that all disputes concerning property rights, regardless of whether they can be the subject of a settlement agreement, can be arbitrated.

The adoption of the new criterion has had a significant impact also on the arbitrability of disputes regarding companies. In fact, Italian Courts used to exclude the possibility to arbitrate some disputes pertaining company matters such as, *inter alia*, those regarding challenges to certain shareholders' meeting resolutions. Judges argued that disputes pertaining companies could not be referred to arbitrators if they affected superior interests of the company, the shareholders or third parties.[37] The

---

[32] *See* Delegated Law: «[t]he Government will comply with the following principles and directions: [...] rationally reform the law of arbitration, providing the availability of the subject matter as the sole and sufficient requirement for arbitration, unless the law provides otherwise». *Op. cit.*, at n.° 20.

[33] *See* former art. 806 c.p.c.

[34] *See* art. 806 c.p.c..

[35] *See* BERNARDINI, P. «National report for Italy (2007)». *Op.cit.*, at p. 12: «[t]he same limitation to arbitrability was already provided through the reference to 'disputes which may not be the subject matter of a settlement', the latter being a reference to disputes which, according to art. 1966(2) c.c., [concern] rights which may not be freely disposed of by the parties».

[36] RICCI, G.F. «La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma». In *Riv. Trim. Dir. Proc.* Civ., 2007, pp. 759-777.

[37] *See*, *e.g.*, Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*), Decision n.° 3322 of 30 March 1998, which established that, generally speaking, company disputes can be submitted to arbitrators. However, those disputes concerning the interest of the company or the violation of provisions of law, that

enactment of Legislative Decree n.° 5 of 2003 (the «*2003 Decree*»),[38] which established a separate regime for arbitral proceedings regarding companies,[39] made the first step towards the end of this tendency. Art. 34 of the 2003 Decree, in fact, provides for disposability of rights as criterion for arbitrability. However, this rule was applicable only to small companies, with the exclusion of big listed and public companies.[40] Therefore the arbitrability of disputes concerning most of the big enterprises was regulated by the general criterion established by former art. 806 c.p.c., as interpreted by Italian case-law on company arbitration.

Thanks to new art. 806 c.p.c., which renders the disposability of rights a general rule, all company disputes, regardless the fact that they concern third-party rights and regardless the fact that the company is listed, are now referable to arbitrators.[41]

The 2006 reform also amended the provision on arbitrability of employment disputes. It is now possible to arbitrate employment matters, not only if the applicable collective labor contract so provide,[42] but also if it is «provided for by law».[43] This means that parties can defer an employment dispute to arbitrators, even if the labor contract does not mention this possibility, provided that there is a legislative provision, and therefore they can chose this option also after the controversy arises by entering into a submission agreement (*compromesso*).[44]

---

protect the interest of shareholders or third parties, are not arbitrable. Therefore, *e.g.*, a dispute concerning the challenge of a shareholders' meeting resolution, establishing disproportionate fees for the majority shareholders sitting in the board of directors, cannot be submitted to arbitrators.

38 *See* the 2003 Decree, published in *Gazzetta Ufficiale*, January 22, 2003, n.° 17.

39 *See*, generally, Majorano, A. «Art. 34 (Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie)». In *I procedimenti in materia commerciale*. Cedam, 2005, pp. 752-777. But for the provisions concerning arbitration of corporate matters and other extra-judicial dispute resolution mechanisms (arts. 33-40), the 2003 Decree was repealed by art. 54 of Law n.° 69 of 2009, published in *Gazzetta Ufficiale*, 19 June 2006, n.° 140.

40 See art. 34 of the 2003 Decree, *cit.*, at n. 38: «[a]ll companies, with the exclusion of [listed and public corporations], can in their articles of incorporation, through an arbitration agreement, provide for the submission to arbitrators of some or all the controversies that may arise amongst the shareholders or between the shareholders and the company, provided that the subject matter of the disputes are freely disposable rights concerning company relationships».

41 *See* Ricci, G.F. «La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma». *Op. cit.*, at p. 765.

42 Under former art. 808 c.p.c., employment disputes could only be arbitrated if: «[i]t is provided for by collective labour contracts and agreements, provided that the parties have the possibility to introduce a lawsuit».

43 *See* art. 806(2) c.p.c., *cit*. It is worth noting that former art. 808 c.p.c. allowed the parties to introduce a lawsuit before national courts even where the labor contract provided for the arbitration. This option was eliminated by the 2006 reform.

44 *See* Ricci, G.F. «La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma». *Op. cit.*, pp. 768-769.

In addition and as further evidence of the Italian Parliament's willingness to broaden the range of arbitrable disputes, new art. 808-*quater* c.p.c., 'Interpretation of the Arbitration Agreement', should be mentioned.

It is not uncommon that the wording of the arbitration agreement raises issues regarding its actual scope.[45] For instance, often arbitration clauses analytically list a series of disputes that parties intend to submit to arbitrators, mentioning, *e.g.*, disputes regarding the validity, interpretation and execution of the contract. Such formulation leaves to practitioners the task of understanding whether a particular dispute falls within the scope of the arbitration agreement.[46]

Art. 808-*quarter* c.p.c. addresses this issue, providing that «[i]f there is any doubt, an arbitration agreement is to be construed as extending the arbitral tribunal's competence to all disputes arising out of the contract or the relationship to which the agreement refers».

Finally, as to the form required for an arbitration clause to be valid, the reform repealed art. 833 c.p.c., pursuant to which, «arbitration clauses contained in general contractual conditions» were valid even if not specifically approved in writing as required by arts. 1341 and 1342 c.c.[47] Therefore, at the moment, international commercial players no longer enjoy such facilitation and, as many scholars have pointed out,[48] this can be included among the provisions which are not fully compliant with the spirit of the Delegated Law.

IV. Multiparty arbitration

1. Introduction to relevant issues and the approach of Italian Courts before 2006

Traditionally, in commercial arbitration one party to a contract commences proceedings against another party to the same contract, thereby giving rise to a classic bipartite dispute. However, given the growing complexity and interconnection of

---

45 *See*, *e.g.*, Born, G.B. *International commercial arbitration*. Kluwer Law International, 2009, at pp. 1059-1060: «[t]he most frequent issue that arises in the interpretation of international arbitration agreements concerns the "scope" of the parties' agreement. That is, what category of disputes, disagreements, or claims have the parties agreed to arbitrate? In practice, as discussed below, disputes about the scope of an arbitration clause generally concern questions of whether the language of the parties' agreement extends to all contractual claims under a particular contract (or, instead, only a specified sub-set of such claims) or whether non-contractual claims (*i.e.*, tort, delict, breach of non-contractual or statutory protections) are subject to arbitration».

46 *See* Ricci, G.F. «La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma». *Op. cit.*, at p. 771.

47 *See* arts. 1341 and 1342 c.c.

48 *See*, *e.g.*, Lupoi, M.A. «Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità». *Op.cit.*, at p. 1352 and Bernardini, P. «L'Arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 485.

commercial and financial relationships, nowadays it is quite common that a single arbitration involves multiple interests of more than two parties, sometimes arising out of a multiplicity of contracts [49]. A typical example of multiparty and multi-contract arbitration is that of a vertical construction project, where the owner entered into a procurement contract with the main contractor, which in turn sub-contracted different segments of the work to several sub-contractors [50]. In such a scenario, it may happen that the owner brings a claim against the main contractor, on the basis of the arbitration clause contained in the procurement contract and that, in turn, the main contractor raises claims against the sub-contractors in the same arbitration proceedings on the basis of the arbitration clauses provided for by each sub-contract. Furthermore, it may also be the case that one or more sub-contractors wish to bring cross claims against one or more of the other sub-contractors.

Given the consensual nature of arbitration, the participation of more than two parties in the proceedings is possible only where all the parties are signatory to the arbitration agreement or have otherwise consented to a multiparty arbitration dispute. In fact, while national judges have the power, *e.g.*, to enjoin additional parties and consolidate parallel proceedings, arbitral tribunals must always verify the existence of all parties' consent.

When dealing with multiparty arbitration, it is first necessary to distinguish between two types of multilateral arbitral controversy. In fact, on the one hand, it may happen that, even if the parties to arbitration are more than two, the interests at stake can nonetheless be grouped into two opposing poles. This is the case when two or more claimants have claims against one or more respondents and therefore «parties can normally be divided into two camps: a Claimant camp and a Respondent camp».[51] On the other hand —and this is the most problematic scenario to face— it may also happen that a multi-party arbitration concerns a multi-polar dispute where, for instance, a claimant brings a claim against two or more respondents, which in turn raise interconnected cross-claims arising out of different agreements.[52] In this

---

[49] *See* Whitesell, A.M., E. Silva Romero. «Multiparty and multi-contract arbitration: Recent ICC Experience». In *Special Supplement 2003: Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications*, ICC Publishing, 2003, pp. 7-18, at n.° 2: «*In 2002, 185 multiparty cases were filed with ICC. Of these cases, 18.4% involved multiple claimants and multiple respondents, 30.8% multiple claimants and 50.8% multiple respondents*».

[50] *See* Jenkins, J. & J. Stebbings. *International construction arbitration law*. Kluwer Law International, 2006, at p. 152: «[...] construction disputes often involve multi-party relationships, whereby various contractors and sub-contractors are tied into one project together».

[51] *See* Derains, Y. & E.A. Schwartz. *A guide to the ICC rules of arbitration*. Kluwer Law International, 2005, at pp. 70-71

[52] *See* Voser, N. «Multi-party disputes and joinder of third parties». In *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series*, Kluwer Law In-

case, the most ticklish issue is the respect of the principle of equal treatment of the parties in the constitution of the arbitral tribunal.[53]

Before 2006, and in the absence of any statutory provision, Italian Courts have traditionally focused on the issue of the compatibility of arbitration clauses (contained both in contracts and in companies' articles of incorporation) with the mandatory principle of equality of the parties in the constitution of the arbitral tribunal, also in consideration of the fact that the even number of arbitrators is a mandatory rule of Italian law.[54] Italian judges used to «[refuse] to uphold multiparty arbitration agreements on the grounds that: (i) each party should be entitled to appoint its own arbitrator, irrespective of the bipolar or multi-polar structure of the dispute; and (ii) the exercise of that right could lead to the formation of arbitral tribunals composed of an even number of arbitrators (*e.g.*, in cases involving an uneven number of parties), which could result in deadlocks in the adjudication of the dispute, thereby

---

ternational, 2009, pp. 343-410, at p. 344: «[...] there are multi-party arbitrations which are multi-polar. This means that there are not just two camps, but more than two diverging interests. It is mainly the latter constellation which today causes difficulties and concerns in the arbitration community».

53 Rules governing the appointment of arbitrators are usually drafted so as to grant equality of treatment of parties in a bipartite arbitration. For instance, art. 12(4) of 2012 ICC Arbitration Rules provides for the following method of appointment: «[E]ach party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court». Also, where explicitly dealing with multiparty arbitration, arbitration rules usually refer to bipolar controversy, for instance art. 12(6) of 2012 ICC Arbitration Rules reads as follows: «Where there are multiple claimants or multiple respondents, and where the dispute is to be referred to three arbitrators, the multiple claims, jointly, and the multiple respondents, jointly, shall nominate an arbitrator for confirmation». [emphasis added]. *See* UGARTE, R. & T. BEVILACQUA. «Ensuring party equality in the process of designating arbitrators in multiparty arbitration: an update on the governing provisions». *Journal of International Arbitration*, 2010, pp. 9-49, at p. 9: «The critical importance of this issue arises from the fact that a failure to respect the parties' rights in the designation process can have severe consequences on the validity and enforceability of the award. Consider, for example, the scenario in which an arbitration agreement calls for the constitution of a three-member arbitral tribunal, and multiple parties on either side of the dispute cannot agree on a co-arbitrator or simply insist that each one of them should have the right to appoint a co-arbitrator. The issue in such circumstances is how to constitute the tribunal in a manner that respects the intentions of the parties, as manifested by the provisions of their arbitration agreement, while simultaneously respecting the principle that each party should be treated fairly, if not equally, in the process of designating the arbitral tribunal».

54 *See* SALVANESCHI, L. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Cedam, 1999, p. 169: [in the Italian legal system] *the principle of the even number or arbitrators is mandatory and* [its] *rationale lies in the need of putting arbitrators in the position to obey to their obligation to render the award on time, even where there may be different contrasting solutions of the issues presented or that might have been presented* [to the arbitral tribunal]».

making the arbitration agreement incapable of being performed».[55] More recently, the Italian Supreme Court have started to endorse multiparty arbitration clauses in bipolar cases, holding that: «[i]f multiple parties have contractually agreed to defer the resolution of controversies to an arbitral tribunal composed of three arbitrators [...], such clause is valid if it is possible to ascertain a posteriori [and] on the basis of the *petitum* and of the *causa petendi*, that the interests at stake are polarized in only two homogeneous groups, so that a binary mechanism for the appointment of arbitrators can be justified».[56]

It was against this background that the Italian Parliament decided to introduce certain provisions specifically addressing the main issues connected to multiparty arbitration with the 2006 reform.

2. Multiparty Arbitration after the 2006 reform

The first paragraph of new art. 816-*quater* provides that: «[i]f more than two parties are bound by the same arbitration agreement, each of them may summon all or some of the other parties in the same arbitration, provided that the agreement to arbitrate defers the power to appoint the arbitrators to a third party, the arbitrators are appointed with the consent of all the parties, or if, after the first party has appointed its own arbitrator, the other have jointly appointed an equal number of arbitrators, or have deferred such appointment to a third party».[57] The provision establishes for the first time a mechanism which is capable of ensuring the equality of all the parties in the appointment of the arbitral tribunal in multi-polar arbitrations. In fact it provides that, even where the parties do not agree on joint nominations, the arbitral tribunal can still be constituted if the arbitration agreement defers the appointment of arbitrators to a third party, *e.g.*, an arbitral institution. Where the arbitration agreement does not provide for the appointment of the arbitral tribunal by a third party, the second paragraph of art. 816-*quater* provides that «[t]he arbitration commenced by one party against more than two parties is separated into as many arbitral proceedings as the number of parties against whom the arbitration was commenced».[58]

However, there still is one case in which in a multi-polar context litigating parties can only commence national court proceedings. The third paragraph of art. 816-*quater* provides that, if the arbitration clause does not defer the appointment of

---

55 *See* Emanuele, F. & M. Molfa. «Multiparty arbitration: the Italian Perspective». In *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2011, pp. 60-64, at p. 61. *See* also, *ex multis*, Court of Appeal of Turin, Judgments of 4 January 1951 and 28 October 1952.

56 *See* Italian Supreme Court, Judgment n.° 14788 of 26 June 2007.

57 *See* art. 816-*quater* (1) c.p.c.

58 *See* art. 816-*quater* (2) c.p.c.

the arbitral tribunal to a third party in the case of disagreement as to its composition, and if the presence of all the parties is necessary for the adjudication of the dispute (*litisconsorzio necessario*), the arbitration cannot proceed.[59]

A literal interpretation of the provision just discussed could lead to the impression that a multiparty arbitration arising out of multiple contracts is not permitted under Italian law.[60] In fact, while describing the mechanism for the appointment of the arbitral tribunal, art. 816-*quater* refers to «the same arbitration agreement» [emphasis added].[61] However, it has been pointed out that this provision is not a mandatory provision of Italian law.[62] Therefore, if multiple arbitration clauses provide for arbitration proceedings with an Italian seat under the rules of an arbitral institution, which allow multiparty arbitration in a multicontract context, art. 816-*quater* should not constitute an insurmountable obstacle for the commencement and the proceeding of the arbitration.

Finally, it is worth noting that a different regime is provided for cases in which the articles of incorporation of a company include an arbitration clause (corporate arbitration). In fact, art. 34 (1) and (2) of the 2003 Decree provides for that: «[a]ll companies, with the exclusion of [listed and public corporations], can in their articles of incorporation, through an arbitration agreement, provide for the submission to arbitrators of some or all the controversies that may arise amongst the shareholders or between the shareholders and the company, provided that the subject matter of the disputes are freely disposable rights concerning corporate relation. The arbitration clause must indicate the number and procedure for the appointment of arbitrators and, in any event, it must grant to a third party, which is unrelated to the corporation, the power to appoint all the arbitrators; otherwise the arbitration agreement is null and void. If the

---

59 *See* art. 816-*quater* (3) c.p.c.

60 *See* POLINARI, J. «Art. 816-*quater*». In *Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale ed Internazionale*. *Op. cit.*, pp. 207-216, at p. 213.

61 *See* art. 816-*quater* (1) c.p.c.

62 EMANUELE, F. & M. MOLFA. «Multiparty arbitration: the Italian Perspective». *Op. cit.*, at p. 63: «Italian arbitration law does not seem to allow multiparty arbitration arising out of multiple contracts, insofar as art. 816-quater CCP contemplates multiparty proceedings only to the extent that they arise out of 'the same arbitration agreement.' In contrast, art. 9 of the ICC Rules provides that: 'Subject to the provisions of arts. 6(3)-6(7) and 23(4), claims arising out of or in connection with more than one contract may be made in a single arbitration, irrespective of whether such claims are made under one or more than one arbitration agreement under the Rules'. The 'same arbitration agreement' rules laid down in arbitral 816-quater(1) CCP does not appear to be a mandatory provision of Italian law. Thus, if the multiple arbitration agreement contemplate arbitration under the ICC Rules and indicate Italy as the seat of the arbitral proceedings, then multiparty arbitrations should be allowed, provided that the requirements set forth in arts. 6(3)-(7) and 23(4) of the ICC Rules are met».

third party fails to appoint the arbitrators, each party to the arbitration may request that the appointment be made by the President of the Tribunal where the corporation has its headquarters».[63] For this reason, and differently from what happens in arbitrations under the c.p.c., if the arbitration clause contained in the articles of incorporation does not provide for a third party to appoint arbitrators in multiparty disputes, the arbitration agreement is "*null and void*", regardless to the possibility of an agreement of the parties on arbitrators after the commencement of the proceedings.

V. Arbitral Proceedings

Pursuant to art. 816-*bis* c.p.c., parties are free to choose the law governing arbitral proceedings. The choice can be made either in the arbitration agreement or in a subsequent, written accord, provided that it is stipulated before the commencement of the proceedings.[64] In practice, and especially in the context of international commercial relationships, parties normally do not negotiate and insert in arbitration clauses or submission agreements any specific provisions on this point.[65] In such cases, Italian law empowers arbitrators with the authority to select the law regulating the arbitral proceedings,[66] thus excluding the necessary application of Italian procedural law. This is in line with international commercial arbitration practice, which widely accepts that arbitration can be regulated by a set of rules which is different from the *lex fori*.[67] However, if the parties or arbitrators opt for a foreign procedural rule, they must verify its compatibility with the mandatory principles of Italian law,[68] such as, *e.g.*, the rule of «equality of arms». The only limit to parties' and arbitrators' autonomy in the choice of the law governing the procedure is, in fact, the respect for

63 *See* art. 34 of the 2003 Decree, *cit.*, at n.° 38.

64 *See* art. 816-*bis* c.p.c.

65 *See* Gaillard, E. & J. Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999, at p. 646: «As the parties usually do not specify a procedural law in their arbitration agreement, it is generally up to the arbitrators to determine the rules governing the procedure [...]».

66 *See* art. 816-*bis* c.p.c.

67 *See* Gaillard, E. & J. Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. *Op. cit.*, at p. 632: «[i]t is nowadays generally accepted that the law governing the arbitral procedure will not necessarily be the same as that [...] of the seat of the arbitration [...]». *See* also Blackaby, N., C. Partasides, A. Redfern, & J.M.H. Hunter. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, at p. 184: «[...] for example, an arbitration could be held in Switzerland but, by agreement between the parties, made subject to the procedural law of Germany».

68 *See* Lupoi, M.A. «Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità». *Op. cit.*, at p. 1361: «[...] however [an Italian] judge must verify the compatibility of the foreign law chosen by the parties with fundamental principles of [the Italian] procedural public policy».

Italian mandatory laws.[69] Art. 816-*bis* c.p.c. itself provides for principles that cannot be avoided by the parties' or the arbitrator(s): the right to have a due process and to present their cases in a manner which does not constitute an unjustified advantage over the opponent.[70]

For these reasons, parties and arbitrators should be aware of the shortcomings that the selection of a foreign law may imply; it would be prudent either to choose Italian law or to opt for the rules of an arbitral institution, also in the case in which the arbitration is not administrated by an arbitral institution.[71]

1. Law governing the procedure

The importance of the fact that Italian legal system allows parties (and arbitrators) to select the law governing the procedure is particularly evident if one considers that such sets of rules also regulate the taking of evidence. As a consequence of such power, parties and arbitrators can decide to regulate the evidentiary phase of the procedure with reference to additional rules,[72] provided that they do not derogate mandatory principles of the *lex fori*.[73] As a result, in international arbitral proceedings seated in Italy, it is possible to use means for the taking of evidence which are not provided by Italian law,[74] *e.g.*, cross examination and discovery, to the extent that they do not violate national mandatory provisions.

---

69 The limit is acknowledged, *e.g.*, by the rules of arbitration of the Milan Chamber of Arbitration (the «*CAM*»), available at http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_arbitration-rules_2010.pdf (last visited on 30 January 2013). *See* art. 2 of CAM Arbitration Rules: «[t]he arbitral proceedings shall be governed by the Rules, by the rules agreed upon by the parties up to the constitution of the Arbitral Tribunal if consistent with the Rules, or, in default, by the rules set by the Arbitral Tribunal. In any case, mandatory provisions that are applicable to the arbitral proceedings shall apply. In any case, the principles of due process and equal treatment of the parties shall apply». [emphasis added]

70 *See* Article 816-*bis* c.p.c.

71 *See* ¶ 5.5. *infra*.

72 *See*, *e.g.*, the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, available at www.ibanet.org (last visited on 30 January 2013).

73 *See* RICCI, E.F. «La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse». In *Riv. Arb.*, 2008, pp. 311-328.

74 *See* MONTALENTI, P. «I poteri degli arbitri nell'istruzione probatoria tra arbitrato interno e arbitrato internazionale». In *Dir. Comm. Int.*, 2010, pp. 441-448, at p. 448: «I am convinced that also those evidences that are stranger to our national procedure can be used in internal arbitrations: from cross examination, to discovery, to witness statements (regardless to the limits provided for by the code of civil procedure), they are atypical evidences (which are, on the other hand, already admitted in the civil procedure)».

2. Taking of evidence

The 2006 reform reorganized the rules on the taking of evidence, introducing several awaited provisions. Art. 816-*ter*: (i) allows the arbitral tribunal to (a) delegate to one of the arbitrator the activities necessary to taking evidence, (b) ask the assistance of technical experts, and (c) require public administrations to submit written information on documents and acts which are necessary to the proceedings; and, most importantly (ii) provide for innovative provisions for the taking of testimonial evidence.

Although witness evidence has always been admissible in arbitral proceedings, arbitrators have encountered many difficulties in cases of recalcitrant witnesses, given the lack of arbitrators' coactive powers. For instance, arbitrators cannot impose the sanctions provided for by art. 255 c.p.c. in the case where a witness does not appear before the tribunal; equally they cannot order the judicial authority to coactively accompany witnesses at the hearing.[75]

The second paragraph of art. 816-*ter* c.p.c. tries to facilitate the taking of testimonial evidences. Pursuant to the new provision, in fact, arbitrators can now take witness evidence directly at the residence of the witness, if s/he so consents, and can allow the witness to provide written answers.

Further, and more importantly, the third paragraph of new art. 816-*ter* c.p.c. provides for the possibility for arbitrators to require the assistance of national Courts in the taking of evidence phase, with particular regard to testimonial evidence.[76] Specifically, pursuant to new art. 816-*ter*: «[i]f a witness refuses to appear before the arbitrators, they [...] can ask the president of the tribunal of the place in which the arbitration takes place, to order the witness to appear before the arbitrators».[77] The new provision is fully compliant with one of the criteria laid down by the Delegated Law, which provided for a regulation covering the taking of evidence process with «adequate judicial assistance».[78]

---

[75] *See* art. 255 c.p.c., providing that: «[...] the judge, in the case in which the witness does not appear at the hearing without having a justified reason, can inflict a sanction equal to no less than 100 euro and no more than 1000 Euros. In the case in which the witness does not appear at the hearing for the second time without having a justified reason, the judge shall order that the witness is accompanied to the hearing or to a subsequent hearing and shall inflict a sanction equal to no less than Euro 200 and no more than Euro 1000».

[76] Prior to 2006, no form of assistance was provided by the law. *See* Emanuele, F.C. & M. Molfa. «Court assistance in the taking of evidence in arbitral proceedings: the Italian perspective». In *International arbitration & dispute resolution law guide*, 2011, pp. 27-28.

[77] *See* art. 816-*ter* c.p.c.

[78] *See* Delegated Law. *Op. cit.*, at n.° 20.

However, according to art. 816-*ter*, it is for the arbitrators, and not for the parties, to ask the assistance of the Courts and they can file the request only in the limited case of a witness who refuses to appear before the arbitrators after the commencement of the arbitral proceedings. Therefore, even if it is undoubtedly a step toward a more efficient mechanism for the taking of evidence, this provision does not allow the arbitrators to obtain any form of assistance from the Courts in other situations, *e.g.*, in the acquisition of documents or prior to the commencement of the arbitral proceedings.

A form of collaboration between arbitrators and national Courts is also envisaged by the UNCITRAL Model Law,[79] but Italy has always been reluctant to adopt a full system of Court assistance.

Notwithstanding this limits, the situation has significantly improved in recent years, and not only thanks to new art. 816-*ter*. Prior to the 2006 reform, in fact, in the absence of any provision on national Courts assistance in the taking of evidence phase, it was suggested that the rules on acquisition and preservation of evidence be resorted to before the commencement of national proceedings (*istruzione preventiva*),[80] in order to provide arbitrators with a certain degree of judicial assistance.[81] These rules allow a party to seek urgency measures from national judges in order to, *e.g.*, (i) secure pre-trial depositions of witnesses in the cases in which there exist «strong reasons to believe that one or more witnesses may not be available during the proceedings» (*e.g.*, for health reasons);[82] and (ii) order pre-trial inspection of items and places in the case of «urgency to ascertain their status or conditions».[83]

Recently, the Italian Constitutional Court held that prohibiting arbitrating parties to resort to a national Court in order to obtain urgency measures relating to the taking of evidence is a blatant violation of art. 3 (principle of equality) and of art. 24 (access to justice) of the Italian Constitution, because it discriminates between parties to arbitration and parties to litigation proceedings.[84]

---

79 *See* art. 27 of UNCITRAL Model Law, *cit.*, at n.° 9, with the heading 'Court assistance in taking evidence': «[t]he arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence».

80 *See* arts. 692-699 c.p.c.

81 *See*, *ex multis*, AULETTA, F. «L'istruzione probatoria». In *Diritto dell'arbitrato rituale*. Giappichelli, 2000, pp. 197-217, at pp. 203-204.

82 *See* art. 692 c.p.c.

83 *Id.*

84 Italian Constitutional Court (*Corte Costituzionale*), Judgement n.° 26, 28 January 2010.

As a result, parties to arbitration can now seek urgency measures in evidentiary matters before national Courts.[85]

In line with this tendency, which favors the implementation of international practices in international Italian arbitration, the new Arbitration Rules of the Arbitral Chamber of Milan adopts a very liberal formulation of the rule on the taking of evidence. Current art. 25, in fact, reads as follow: «[t]he Arbitral Tribunal leads the case by taking all the relevant and admissible evidence adduced in the manner it deems appropriate»;[86] while former art. 28 was more cautious, providing that: «[t]he Arbitral Tribunal can interview the parties and take by its own motion or upon parties' request all the evidences that are not excluded by mandatory law provisions which are applicable to the procedure or to the merits of the dispute».[87]

3. Arbitrators' power to grant interim measures

In urgency situations arbitrating parties often wish to protect their rights and positions before the arbitration commences or during the arbitral proceedings before any decision on the merits has been rendered. In other words, as in any ordinary proceeding, in arbitration there may be a need to protect parties' positions through interim measures. In many legal systems, arbitrators have the authority to grant such provisional measures.[88] This does not mean that parties cannot resort to the assistance of State judges in those circumstances in which the intervention of the arbitral tribunal would not be prompt or effective, *e.g.* the arbitral tribunal has not been constituted yet, the measure requires an immediate execution in order to be effective, or the execution of the measure depends on third parties.[89] Concurrent jurisdiction, in fact, is often admitted.

---

85 *See* Emanuele, F.C. & M. Molfa. «Court assistance in the taking of evidence in arbitral proceedings: the Italian perspective». *Op. cit.*

86 *See* art. 25 of CAM Arbitration Rules, *cit.*, at n.° 69.

87 *See* former art. 28 of CAM Arbitration Rules, *ibid*.

88 There is a general tendency in international arbitration towards the admission of the power of arbitrators to grant provisional measures. Often national legislations provide for the concurrent jurisdiction of both arbitral tribunals and state courts. *See*, for instance, arts. 9 and 17 to 17-J of the UNCITRAL Model Law, *cit.*, at n.° 9. *See* also, *e.g.*, art. 183 of the Swiss Private International Law Act, available in German at http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html (last visited on 30 January 2013): «Provisional and protective measures. Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may enter provisional or protective measures at the request of one party. If the party concerned does not comply voluntarily, the arbitral tribunal may request the assistance of the judge with jurisdiction who shall apply his own law. The arbitral tribunal or the judge may make the entry of provisional or protective measures subject to the receipt of appropriate security».

89 *See* Laudisa, L. «Arbitrato internazionale e tutela cautelare». In *Riv. Arb.*, 2005, pp. 456-474, at p. 458.

Notwithstanding the numerous reforms enacted in the recent decades, an express prohibition against arbitrators granting interim measures still exists in Italy. In fact, art. 818 c.p.c., which underwent only minor change in 2006, still provides that: «[a]*rbitrators cannot order seizures or other urgency measures* [...]».[90] Therefore, parties which decided to arbitrate their disputes have to apply to national Courts in the event they wish to require provisional protection.

In fact, pursuant to art. 669-*quinques* c.p.c., «[i]f the controversy is covered by an arbitration clause or a submission agreement [...] or if the arbitral proceedings are pending, the application [for provisional measures] must be filed with the judge who would be competent for the adjudication of the merits».[91] The rationale of such prohibition lies in the fact that arbitrators do not enjoy the coercive power typical of State judges, which is necessary for the effectiveness of interim remedies. However, as many scholars have pointed out, this does not seem to be a sufficient ground to justify such prohibition, especially in the light of the favor for arbitration shown in the 2006 reform. Indeed, «if parties have voluntarily empowered arbitrators with the authority to adjudicate the merits of the controversy, through an award [...] having the same effects of a decision of a State judge, and [...] which can be challenged only through the limited means provided for by the law, it is not understandable why such power should not cover also the granting of interim measures [...]».[92]

However, it should be noted that, for the first time, new art. 818 c.p.c. opens the possibility of certain exceptions to the exclusion of provisional power from the realm of arbitrators. In fact, the 2006 reform added a paragraph to the previous formulation of the rule, which provided that arbitrators are prohibited from granting protective measures «unless otherwise provided for by law».[93] The provision was necessary to coordinate the rule of art. 818 c.p.c. with the regime of provisional measures in the arbitration of corporate matters under the 2003 Decree, which allows arbitrators to suspend the effects of the shareholders meeting's resolutions.[94] Further, it leaves room for future provisions for exceptions under Italian law and, as many wish, to finally repeal the general rule of art. 818 c.p.c.

---

90 *See* art. 818 c.p.c.

91 *See* art. 669-*quinquies* c.p.c.

92 BANDINI, A. «L'arbitrato e le misure cautelari». In *I contratti*, 2010, pp. 855-860, at p. 857.

93 *See* art. 818 c.p.c.

94 *See* art. 35 of the 2003 Decree, *cit.*, at n.° 38: «[...] if the arbitration clause consents the submissions to arbitrators of controversies concerning the validity of shareholders' meeting resolutions, arbitrators shall always have the power to issue an order, which cannot be challenged, in order to suspend the effects of the resolution».

4. The law applicable to the merits of the case

A further critical issue is the choice of the law applicable to the merits of the case.

It is a well-established principle in international commercial arbitration that the law governing the merits of the case is in the domain of parties' autonomy, and this rule is upheld by Italian arbitration laws.[95]

Art. 834 c.p.c., which was repealed in 2006, provided, *apertis verbis*, that the parties to an international arbitration could carry out such a choice autonomously.[96] Thus, parties were free to opt for the application of the law of the place of arbitration (Italian law); the law of another State or a set of rules not referable to any State, such as the rules of the *lex mercatoria*.[97]

The abrogated provision was not repeated in the post-reform rules and therefore currently the choice of the law applicable to the merits of the case is regulated both in national and in international arbitration by art. 822 c.p.c. This article only provides that the «arbitrators shall decide pursuant to the rules of law, unless the parties authorized them to decide *ex aequo et bono*».[98] The provision, in which the reference to «the rules of law» can be read only as referring to Italian substantive law,[99] is silent on the possibility for the parties to make a different choice. However, as it has been pointed out, parties remain free to choose the law applicable to the merits of the case.[100] This conclusion is supported by the fact that, pursuant to Italian International

---

95 *See* Gaillard, E. & J. Savage. Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration. Op.cit., at p. 784: «[v]irtually all modern arbitration laws recognize that, in international situations, the parties are free to determine the law applicable to the merits of the dispute which the arbitrators are to resolve».

96 *See* former art. 834 c.p.c.: «Law applicable to the merits of the dispute. The parties can decide which law arbitrators shall decide pursuant to the rules of law, unless the parties authorized them to decide *ex aequo et bono*. If the parties do not specify it, the law applicable to the merits of the dispute will be that closer to the relationship at stake. In both cases, arbitrators shall take into account the indications given by the contract or the commercial uses».

97 *See* Alpa, G. & V. Vigoriti. «Arbitrato (Nuovi Profili dell')». *Op. cit.*, at p. 28, mentioning as examples of the set of rules that parties could choose under former art. 834 c.p.c.: «[l]ex mercatoria, Unidroit principles or in future, a set of non-state rules (for instance the European Code of Private Law)». *See* also Fumagalli, L. «Nuova disciplina dell'arbitrato: art. 834». In *Nuove Leggi Civili Commentate* («*N.L.C.C.*»), 1995, pp. 570-581.

98 *See* art. 822 c.p.c.

99 *See* Bernardini, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 487: «[the provision] can only be construed as a reference to the Italian juridical system».

100 *See* Borghesi, D. «Art. 822. Norme per la deliberazione». In *Arbitrato. Op. cit.*, pp. 544-563, at p. 546: «[i]t does not seem that Italian law is the only law that arbitrators can apply. In fact,

Private Law (Law n.° 218 of 1995), which refers to the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,[101] parties to international arbitration are free to choose the substantive law applicable to their contractual relationship, provided that the subject matter is a freely disposable right.[102] Nonetheless, the fact that art. 822 c.p.c. does not repeat the explicit provision contained in former art. 834 c.p.c. implies that the parties are prohibited from choosing a set of rules which is not referable to a national legal system,[103] such as, *e.g.*, Unidroit Principles.

5. Institutional arbitration

Parties are free to establish the rules governing the arbitral proceedings in their arbitration agreement (*i.e.*, in the arbitration clause or in the submission agreement) and to submit their disputes to an *ad hoc* arbitration, thereby leaving to the arbitrators the task of filling the gaps, pursuant to the *lex arbitri*.[104] Similarly, parties can indicate in the arbitration agreement the rules applicable to the proceedings by reference to a determined set of arbitral rules of a permanent arbitral institution and opt for the institution itself to administrate and organize the entire proceedings.[105]

---

parties are free to choose the substantial law applicable to the dispute, without being it necessary to find any link with the dispute at stake».

101 *See* art. 57 of Law n.° 218 of 1995, published in *Gazzetta Ufficiale*, 3 June 1995, n.° 128: «[c]ontractual obligations are always regulated by the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligation, enacted by Law n.° 975 of 18 December 1984, without prejudice to the other international conventions, where applicable».

102 *See* BERNARDINI, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.*, at p. 487: «[..] the fact that one of the parties resides or has its effective seat abroad allows the parties to choose a set of rules different from the Italian law, as provided for by Law n.° 218/1995 [...]».

103 *See*, *e.g.*, BERNARDINI, P. «L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006». *Op. cit.;* and ALPA, G. & V. VIGORITI. «Arbitrato (Nuovi Profili dell')». *Op. cit.*.

104 It may also be the case that parties choosing an *ad hoc* arbitration make reference in the arbitration agreement to an existing set of arbitral rules, which does not require the involvement of an arbitral institution. *See*, for example, Uncitral Arbitration Rules, available at http://www.cnudmi.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf (last visited on 30 January 2013). *See* BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*, O*p. cit.*, p. 65: «Ad-hoc arbitrations are not conducted under the auspices or supervision of an arbitral institution. Instead, parties simply agree to arbitrate, without designating any institution to administer their arbitration. Ad hoc arbitration agreements will often choose an arbitrator (or arbitrators) who is (or are) to resolve the dispute without institutional supervision or assistance. The parties will sometimes also select a pre-existing set of procedural rules designed to govern ad hoc arbitrations. For international commercial disputes, the United Nations Commission on International Trade Law («UNCITRAL») has published a commonly used set of such rules, the UNCITRAL Arbitration Rules».

105 The most prominent Italian arbitral institutions are the CAM; and the Italian Association for Arbitration (the «*AIA*»).

Before the 2006 reform, the practice of turning to institutional arbitration was not statutorily recognized in Italy. Finally, new art. 832 c.p.c. was introduced, in compliance with one of the criteria laid down by the Delegated Law, requiring the Italian Parliament to establish rules concerning institutional arbitration and to grant that «the intervention of the arbitral institution in the appointment of the arbitrators takes place only if provided for by the parties and that the appointments made by such institutions are binding».[106]

The first paragraph of the new rule clarifies what was already acknowledged by scholars and largely already in practice, that is to say that «the arbitration agreement can refer to an existing set of arbitration rules».[107] The provision should be read in conjunction with art. 816-*bis* which, as mentioned above, leaves to the parties the authority to agree upon the rules applicable to the procedure.[108] The second and the third paragraphs are intended to determine the sources of procedural rules to be followed by the arbitral tribunal.[109] In fact, it is established that, if the institutional arbitration rules conflict with the rules provided for by the parties in the arbitration agreement, the latter will prevail.[110] Furthermore, unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal will be bound to apply the set of rules which is in force when the arbitral proceedings are set in motion. This rule is particularly helpful if one considers that it is quite common that arbitration rules are revised periodically by arbitral institutions.[111] In addition, providing for the application of the latest version of the institutional arbitration rules, except where an express contrary provision is contained in the arbitration agreement, is a solution that contributes to balance the smooth functioning of institutional proceedings with the respect due to the parties' will.[112]

Art. 832 c.p.c. also intends to assure the impartiality and independence of arbitrators in very peculiar situations.

In fact, the fourth paragraph provides for that: «the associative institutions and the institutions representing the interests of professional categories cannot act as appointing authorities in those controversies which their associates or professionals

106 *See* Delegated Law, *cit.*, at n.° 20.
107 *See* art. 832(1) c.p.c.
108 *See* Biavati, P. «Art. 832». In *Arbitrato*. *Op. cit.*, pp. 867-874, at p. 870.
109 *See* art. 832(2) c.p.c.
110 *See* Biavati, P. «Art. 832». *Op. cit.*, at p. 870.
111 *See*, *e.g.*, new ICC Arbitration Rules which entered into force on 1 January 2012.
112 *See* Caponi, R. «Art. 832». In *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Cedam, 2010, pp. 479-488, at p. 482.

oppose to third parties».[113] This is the case, for example, of arbitration proceedings administrated by institutions with a strong professional and economic characterization, such as those institutions representing the interests of one category of workers or professionals (*associazioni di categoria*).[114] In these cases, in fact, if a member of the association (or a professional bearing an interest protected by the institution) is the claimant or the respondent in arbitration against a party which does not enjoy the same status, the impartiality of the arbitrators appointed by the institution could be impaired.[115]

VI. The award

1. Time limit, method of deliberation, form and consent

The 2006 Decree also amended certain provisions of the c.p.c. concerning the rendering of the arbitral award. First, new art. 820 c.p.c. extended the time limits for the delivery of the arbitral decision.

Now, except where the parties have otherwise provided for in the arbitration agreement or in a separate agreement, the arbitral tribunal must decide within 240 days from the acceptance of the appointment of the arbitrators (while in the former version of the rule they had 180 days).[116] Further, the time limit may be extended by: (i) the parties through written communications to the arbitral tribunal; and (ii) the president of the competent Court upon request by one of the parties or by the arbitral tribunal itself.[117] An extension of 180 days is also granted where in the proceedings it is necessary to: (i) take evidences; (ii) appoint an expert; (iii) render a partial or interim award; or (iv) modify the composition of the arbitral tribunal.[118] The failure of arbitrators to comply with the time limit, is ground for challenging the award for nullity.[119]

---

113 *See* art. 832(4) c.p.c.

114 *See* Bandini, A. «L'arbitrato amministrato nella legge di riforma». In *I contratti*, pp. 399-404, at p. 402.

115 *See* Caponi, R. «Art. 832». *Op. cit.*, at p. 483.

116 *See* art. 820 c.p.c. and former art. 820 c.p.c.

117 *See* art. 820(3) c.p.c.

118 *See* art. 820(3) c.p.c. The time limit may also be suspended where the proceedings are suspended and, in such case, the original time limit is extended to 90 days if the residual time is shorter. *See* art. 820(5).

119 *See* art. 829(1) n.° 6 c.p.c., specifying that the possibility of challenging the award for nullity, because of arbitrators' failure to comply with the time limit, is subject to the provision of art. 821 c.p.c.: «The elapsing of the time limit [...] cannot be relied upon as a ground of nullity [...],

The award must be rendered in writing and approved by the majority of the arbitrators. The necessity for the arbitrators to meet personally in order to vote the award, which was required by the former version of art. 823 c.p.c., was finally eliminated in 2006.[120] Therefore, it is now possible for an arbitrator to express her/his vote by any means, such as, correspondence, video-conference, telex and conference-call.

The content of the award is indicated by art. 823(2). In particular, it must contain the following elements:

(i) The reasons for the decision (*motivazione*);

(ii) The decision itself (*dispositivo*); and

(iii) The signatures of all the arbitrators.[121]

If one of the elements above is missing, the award can be challenged for nullity.

The same provision also provides for that the award must indicate the: (i) names of the arbitrators, (ii) seat of the arbitration, (iii) arbitration agreement, and (iv) conclusions of each of the parties. However, if any of indications is missing, the award cannot be challenged for nullity.[122] Though, the parties can, within one year from the communication of the award, require the arbitral tribunal (or the competent Court when enforcement proceedings have been initiated) to «correct omissions, material or computing errors» and to integrate any missing part of the award.[123]

2. Effects of the award

New art. 842-*bis* c.p.c. replaced the provision contained in the last paragraph of former art. 823 c.p.c., which, dealing with the effects of the awards, provided that: «[t]he award has binding effects between the parties as of the date of the last signature of the arbitrators».[124] Such formulation, especially after the elimination of the *exequatur*

---

if the party did not notify the other parties and the arbitrators, before the award [...] is signed by all the arbitrators, that it intends to assert the decay of the arbitrators».

120 *See* art. 823(1) c.p.c.

121 Art. 823(2) n.° 7 c.p.c. specifies that «the signature of the majority of the arbitrators is sufficient, if it is accompanied by the statement that the award was adopted with the participation of all the arbitrators and that the others did not want or could not sign it».

122 *See* art. 829(1) n.° 5 c.p.c. *See* also, Ruffini, G. & S. Boccagna. «Art. 823». In *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*. *Op. cit.*, pp. 297-302.

123 *See* art. 826 c.p.c.

124 The paragraph was added to art. 823 c.p.c. by art. 2 of Law n.° 28 of 1983, published in *Gazzetta Ufficiale* of February 15, 1983, n.° 44.

as a mean to confer to the award the same effects of a judgment,[125] gave rise to a debate as to the meaning of the binding effect. Despite different scholars' positions,[126] it seems fair to conclude that, pursuant to former art. 823 c.p.c., the award could only produce the same effects as a private *negotium*. Therefore parties were bound to the assessment of the reciprocal positions made by the award and to abide by any condemnatory ruling of the arbitral tribunal, without the possibility of the decision's being equated to a judgment.[127]

The 2006 reform introduced new art. 824-*bis*, which expressly states that «except for what is provided for by art. 825, as to the date of its last signature, the award has the same effects as a judgment delivered by the judicial authority».[128]

Pursuant to the mainstream interpretation of this provision, it should be interpreted as conferring to the awards the capability of becoming *res judicata*, from both a formal and a substantial point of view. This means, *inter alia*, that the arbitral ruling: (i) will prevail on the *ius supervenies* and on any declaration of unconstitutionality of the laws applied by the arbitral tribunal; and (ii) will prevent any future decision on the same substantial relationship and between the same parties.[129]

Finally, it should be noted that the provision explicitly prevents the award from having an immediate executive effect. In fact, the party that wishes to execute the award in Italy must submit its request by filing the award with the tribunal of the place in which the arbitration has its seat.[130]

3. How to challenge the award

In the Italian legal system the means of recourse against an award are exhaustively provided for by the c.p.c. For this reason, it is not possible to challenge an award by means which are not explicitly provided for by the c.p.c.

---

125 Before 1994, in fact, art. 825 c.p.c. established that the award which had received the *exequatur* had the same effects as a judgment. *See* art. 825(5) c.p.c. before the amendments made by Law n.° 25 of 1994: «The lower court judge (pretore) confers to the award by decree the same effects of a judgment». *See* BOCCAGNA, S. «Art. 824 *bis*». In *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*. *Op. cit.*, pp. 303-307, at p. 304, for a comprehensive overview of the changes in the regime of the effects of the awards from 1940 to 2006.

126 *See*, *e.g.*, RICCI, E.F. «Legge 9 Febbraio 1983, Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato». *N.L.C.C.*, 1983, pp. 733-751, at pp. 735-744.

127 *See* CARPI, F. «Articolo 824-*bis*, Efficacia del lodo». In *Arbitrato*. *Op. cit.*, pp. 586-601, at p. 591.

128 *See* art. 824-*bis* c.p.c.

129 *See* BOCCAGNA, S. «Art. 824 *bis*». *Op. cit.*, at p. 306.

130 *See* art. 825 c.p.c.

After the 1994 reform, an award can be challenged only for nullity, revocation, or opposition by a third party.

A party that wishes to challenge a decision for nullity must filed its application before the Court of Appeal of the place of arbitration, within 90 days from the notification of the award.[131] The challenge can be made on the following grounds:[132]

(i) The arbitration agreement is invalid;[133]

(ii) The arbitrators were appointed in breach of the relevant law provisions, provided that the parties has raised such nullity objection in the course of the arbitration;

(iii) One of the arbitrators could not be appointed as such;

(iv) The award exceeds the scope of the arbitration agreement[134] or decides on the merits regarding claims where this was not permitted;[135]

(v) The award does not contain the elements indicated, under sanction of nullity, in art. 823;[136]

(vi) The award was rendered after expiration of the time limit;

(vii) Formal requirements provided for by the parties under sanction of nullity were not complied with;

---

131 *See* art. 828 c.p.c., which further specifies that «[...] it is not possible to challenge the award after one year as of the date of the last signature».

132 *See* art. 829 c.p.c.

133 *See* art. 817(2) c.p.c.: «The party, that, in its first defense after the acceptance of the appointment of the arbitrators, does not raise an objection as to the lack of jurisdiction on the ground of the inexistence, invalidity or ineffectiveness of the arbitration agreement, cannot challenge the award on this ground, except where the subject matter was not arbitrable».

134 *See* art. 817(3) c.p.c.: «A party, that does not object in the course of the proceedings that the conclusions of the other party exceed the scope of the arbitration agreement, cannot, for this reason, challenge the award on this ground».

135 This happens in all the cases in which the arbitral tribunal did not decide on a procedural matter which would have impeded the decision on the merits, *e.g.*, the necessity to join a party to the arbitration (*litisconsorzio necessario*). *See* Zucconi Galli Fonseca, E. «Articolo 827, Mezzi di impugnazione». In *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*. *Op. cit.*, pp. 712-780, at p. 729.

136 *See* art. 823(2) c.p.c., providing that for the award must contain under sanction of nullity: (i) the reasons for the decision (*motivazione*), (ii) the decision itself (*dispositivo*), and (iii) the signatures of all the arbitrators.

(viii) The award is in conflict with a previous award which can no longer be challenged; or a judgment which is *res judicata* between the parties, provided that the award or the judgment was submitted to the arbitral tribunal during the proceedings;

(ix) The right to be heard (*principio del contraddittorio*) was not granted in the proceedings;

(x) The award does not decide on the merits, while it should have done so;

(xi) The award contains contradictory provisions; or

(xii) The award did not decide on certain pleas and objections raised by the parties pursuant to the arbitration agreement.

Further, parties can challenge the award for nullity: (i) if the arbitrators fails to comply with the rules applicable to the merits only if they have so provided or if this possibility is expressly provided for by law;[137] and (ii) in any case if the award is in conflict with public policy provisions.

As to the decision of the Court of Appeal, the general rule provided for by art. 830 is that, if the nullity of the award is decided for one of the reasons listed above from (v) to (xii), the Court is competent to decide on the merits of the case, unless the parties have excluded such competence in the arbitration agreement or in a subsequent agreement. However, if one of the parties is incorporated or resides abroad, the Court of Appeal has the power to decide on the merits only if the parties have so consented in the arbitration agreement or have successively requested it jointly.[138]

As stated above, there exist two other means of challenge: the revocation and the challenge by third parties. Before the 2006 reform, these two possibilities were available only for domestic arbitration, however, in consideration of the abrogation of the section specifically dedicated to international arbitration, they can now be activated both for domestic and international arbitral proceedings.

Challenges for revocation can be based on the following grounds:

(i) The award is the result of fraud by one party to the detriment of the other;

---

[137] *See* art. 829(3). *See* also RUFFINI, G. & S. BOCCAGNA. «Art. 829». In *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*. *Op. cit.*, pp. 337-352, at p. 351, explaining that this kind of challenge is provided for by law in, *inter alia*, employment controversies.

[138] *See* art. 830(2) c.p.c.

(ii) The evidences on the basis of which the award is rendered are recognized or declared false after the award is delivered;

(iii) After the award is rendered, one or more decisive documents, that the party could not submit to the arbitral tribunal due to force majeure, becomes available; or

(iv) The award is the result of fraud by the arbitrator, ascertained by a final judgment.[139]

Any third party whose rights have suffered a prejudice because of the award, as well as any successor or creditors of such party, can challenge the award.[140]

Both the challenge for revocation and the opposition of third parties must be submitted to the Court of Appeal, which is competent for the decision.

IV. Conclusion

The 2006 reform, providing for an innovative single set of rules for both domestic and international arbitrations, underwent criticism by many scholars and practitioners, who believe that the liberal spirit of the Delegated Law was not fully respected. Even if the current regulation could be improved in many respects, it still provides Italy with an arbitration-friendly legal framework. In fact, many positive innovations, applying both to national and international proceedings and showing the growing awareness of Parliament of arbitration-related issues, have been introduced. In addition, some arbitration institutions, in particular the CAM, are now capable of providing a full, first class service to Italian and foreign parties opting for institutional arbitration proceedings in Italy. Thus, there are good reasons to believe that the right track has been found and to hope that the needed improvements will be introduced in the near future.

---

[139] *See* art. 831(1) c.p.c., which refers to the grounds of revocation in the ordinary proceedings provided for by art. 395(1) n.^{os} 1-3 and 6.

[140] *See* art. 831(2) c.p.c., which refers to the provisions concerning challenge by third parties in ordinary proceedings, and in particular to art. 404 c.p.c.

List of Abbreviations

– Chamber of Commerce of Milan: CAM
– Diritto del Commercio Internazionale: Dir. Comm. Int.
– Italian Code of Civil Procedure: c.p.c.
– Italian Civil Code: c.c.
– Nuove Leggi Civili Commentate: N.L.C.C.
– Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile: Riv. Trim. Dir. Proc.
– Rivista dell'Arbitrato: Riv. Arb.

Letonia (Latvia)*

Ieva Kalnina

Summary: I. Introduction: the Law of International Arbitration and its practice in Latvia.— A. Sources of arbitration.— B. Practice of arbitration in Latvia.— II. The election of Latvia as a seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Parties to the arbitration agreement.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— a. Competence to rule on objections.— b. Timing of objections.— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Qualifications of arbitrators.— 3. Challenge of arbitrators.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Conduct of proceedings.— 3. Evidence.— D. Provisional Measures.— E. Law governing the merits of the case.— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— 1. Enforcement under Conventions and Treaties.— 2. Enforcement where no Convention or Treaty applies.— V. Conclusion.

I. Introduction: the Law of International Arbitration and its practice in Latvia

A. Sources of arbitration

The main Latvian arbitration statute is contained in the Latvian Civil Procedure Law (CPL). The CPL was adopted on 14 October 1998, and came into force on 1 March 1999. Part D of the CPL is devoted exclusively to the regulation of arbitration procedure. Part D has been amended a number of times, and the latest

* The contribution for this chapter is based on the Country Report for Latvia included in the International Chamber of Commerce's International Handbook on Commercial Arbitration, available through www.kluwerlaw.com.

amendments were introduced on 1 November 2007 and came into force on 1 January 2008.[1]

The CPL also contains a separate section on the «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards» (Part F, Sect. 78, Annex II, hereto). Except for the regulation of the enforcement of arbitral awards, the CPL does not distinguish between domestic and international arbitration, as long as the seat of arbitration is in Latvia. Consequently, Part D of the CPL applies to both domestic and international arbitration where the seat of arbitration is in Latvia.

The provisions on arbitration in the CPL, while originally modeled on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the Model Law),[2] deviate considerably from the latter's provisions. For example, the Model Law's provisions on the role of the courts with respect to the constitution of an arbitral tribunal and the setting aside of an arbitral award were struck out before the CPL was enacted.[3] Consequently, Latvia cannot be considered a Model Law country. That being said, Latvia is a signatory to a number of international conventions and treaties in the field of arbitration, such as the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention) and the European Convention on International Commercial Arbitration.[4] Latvia is also party to the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes, which has been in force since 7 July 1997, as well as to the Energy Charter Treaty, including the Charter's provisions on investment, since 1996. In addition, Latvia is party to a number of bilateral investment treaties (BITs). Consequently, the statutory regulation of arbitration in Latvia is in many respects consistent with international standards.

In response to the variety of problems stemming from the limited legal regulation afforded to arbitration under the CPL, a draft of a new «Arbitration Law» (Draft Law) was introduced into the Committee of State Secretaries in November 2007. However, the Draft Law was subsequently redrafted a number of times. What

---

1 For a brief historic excursus on arbitration in Latvia, see Udris, Z., I. Kacevska. «Arbitration in Latvia: Urgent Need for Statutory Reform». In *21 Journal of International Arbitration* (2004, n.° 2), p. 211.

2 U.N. Doc. A/40/17, Annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985.

3 Udris, Z., I. Kacevska. *Op. cit.*, p. 212.

4 See the Law on the Implementation of the European Convention on International Commercial Arbitration, adopted on 23 January 2003, published in 23 *Latvijas Vēstnesis* on 23 December 2003; in force since 12 February 2003. The New York Convention has been in force in Latvia since 13 July 1992.

is more, it was not, just like the CPL, based on the Model Law, which was deemed to be one of its several shortcomings. The Draft Law's main purpose was to improve the legal regulation of arbitration by providing more State control over the arbitral process, in the hope of reestablishing society's trust in arbitration, which has been lost as a result of Latvia's negative experience with arbitration over the past decade, as will be further demonstrated below.

The Draft Law was subjected to scrutiny by local and international arbitration practitioners,[5] who highlighted several problems in the current regulation, including the inadequate role afforded to national courts throughout the arbitral process, the Draft Law's inconsistency with core principles of arbitration and, generally, the unnecessarily detailed regulation of arbitral procedure, all of which would not improve the existing situation.

Following this negative initial response, whereby it was feared that the cure would be worse than the disease itself, the Latvian Chamber of Trade and Industry established a working group with the task to further amend the Draft Law. It is now expected that the new Arbitration Law will be based on the Model Law and that the working group would complete its task in 2012.

B. Practice of arbitration in Latvia

Arbitration is a popular means of dispute resolution in Latvia. According to the data assembled by the Court of Administration,[6] almost 6,610 requests to issue a writ of execution of an arbitral award were submitted to the courts of first instance in Latvia in 2005, 7,648 were submitted in 2006 and 3,800 in 2007. The decrease in 2007 was due to the Supreme Court's judgment and uniform decisions of the Consumer Rights Protection Center to exclude consumer disputes from the scope of arbitration when the arbitration clause has not been individually negotiated with the consumer.[7]

---

5 See, among others, Born, G. «Whether Domestic Regulation Conforms to International Principles». In *47 Jurista Vards* (16 December 2008) (in Latvian); Mistelis, L. «Main Risk – Tendency to Over Control Arbitration». In *47 Jurista Vards* (16 December 2008) (in Latvian); Salans, C., «State Court Support is Desirable, not Exterminable». In *47 Jurista Vards* (16 December 2008) (in Latvian).

6 The Court Administration of the Republic of Latvia organizes and provides the organizational management of district (city) courts, regional courts and Land Registry Offices. For statistics see www.tiesas.lv/files/statistika/2007/civillietas/civillietas_1_instance.xls.

7 For the pioneering judgment by the Supreme Court, see Case n.º SKA-59, available (in Latvian) at www.at.gov.lv/files/archive/department3/2006/ad070306.doc. Decisions by the Consumer Rights Protection Center are available at www.ptac.gov.lv/?lang=LV&menu=113.

This data does not distinguish between purely domestic and international awards. However, a relatively small proportion of all arbitration disputes that take place in Latvia are international. Most disputes giving rise to international arbitration are between Latvian companies and their trading partners from the neighboring Baltic and Scandinavian States, Russia, Ukraine, and several EU Member States (mostly Germany, The Netherlands and the United Kingdom).

The main peculiarity of the Latvian arbitration environment is the number of permanent (registered) arbitration institutions. Art. 486(3) of the CPL provides that «a permanent arbitration institution can be established by one or more legal persons». According to the information supplied by the Latvian Register of Enterprises,[8] as of March 2012, 201 arbitration institutions had been registered, which makes one arbitration institution for every 11,000 inhabitants,[9] resulting in an odd phenomenon that is unknown in other European countries. These «pocket courts», as permanent arbitration institutions have come to be known, are often accused of serving particular interests, especially considering that they have closed lists of potential arbitrators.

Another worrying aspect relating to the high number of permanent arbitration institutions is their often very similar and confusing names such as, for example, *Hanzas Court of Arbitration vs. Hansas Court of Arbitration*, *Riga International Court of Arbitration vs. Riga Court of Arbitration*, *Riga Regional Court of Arbitration vs. Latvian Regional Court of Arbitration*, as well as Latvian Court of Arbitration and Latvian Supreme Court of Arbitration. There have been instances where parties have intentionally initiated arbitration proceedings in different arbitration institutions and tribunals have subsequently rendered contradictory awards. The court practice with respect to these issues can hardly be called uniform.

In an attempt to at least partially remedy the situation, a new regulation has recently been passed in order to avoid confusing similarity in the names of arbitral institutions. Article 486(5) of the CPL has been supplemented with a requirement that the names of the new arbitral institutions should differ from the already existing ones.

Furthermore, only a handful of the 175 permanent arbitration institutions could be considered as independent. As it would be impossible to discuss all of the permanent arbitration institutions, the analysis that follows will concentrate on the largest three.

---

8 Every arbitration institution has to be registered with the Latvian Register of Enterprises before it is entitled to provide its services.

9 Information available (in Latvian) on the website of the Latvian Register of Enterprises at www.ur.gov.lv/skirejtiesas.html.

The Court of Arbitration of the Latvian Chamber of Commerce and Industry (LCCI Court of Arbitration) is the oldest and the most reputable among Latvian arbitral institutions. Its history traces back to 1934, the time of Latvia's first independence, and it was re-established in 1991, following the proclamation of Latvia's independence from the Soviet Union.

The LCCI Court of Arbitration administers arbitrations based on its own Rules of Arbitration (adopted in 2002) and the Rules of Arbitration for the Settlement of Small Disputes (adopted in 2005). Small disputes are considered those where the amount in dispute does not exceed LVL 1,000 (at the time of writing, approximately € 1,400). However, the parties are also free to agree on other rules of arbitration (e.g., the UNCITRAL Arbitration Rules). According to art. 1(1) of the Rules of Arbitration of the LCCI Court of Arbitration, if the parties have agreed to arbitrate any existing or future dispute at the LCCI Court of Arbitration, but have not determined the applicable rules, it is assumed that they have agreed on the application of the Court's Rules of Arbitration or the Rules for the Settlement of Small Disputes.

It should also be noted that it is the President of the Latvian Chamber of Commerce and Industry who takes up the role of an appointing authority in certain *ad-hoc* arbitrations, in accordance with art. 3 of the European Convention on International Commercial Arbitration, which provides that where the parties have agreed to submit any dispute to ad hoc arbitration, and where within thirty days of the notification of the request for arbitration to the respondent, one of the parties fails to appoint its arbitrator, the latter shall, unless otherwise provided, be appointed at the request of the other party by the President of the competent Chamber of Commerce of the country of the defaulting party's habitual place of residence or seat at the time of the introduction of the request for arbitration. The Latvian Chamber of Commerce and Industry is also the most active arbitral institution in Latvia as far as the organization of arbitration seminars and conferences is concerned, although these activities are not conducted regularly.

The Baltic International Arbitration Court is another well-recognized arbitration institution that has both Latvian and foreign arbitrators on its list of arbitrators. Arbitral proceedings are administered pursuant to the parties' arbitration agreement and the institution's Arbitration Rules.

The Rules of the LCCI Court of Arbitration are rather short and leave wide discretion to the arbitral tribunal and the parties. On the other hand, the Arbitration Rules of both the Riga International Arbitration Court and the Baltic International Arbitration Court are very detailed and very similar, and both include ample references to the CPL. One interesting feature of the Arbitration Rules of the Baltic International

Arbitration Court is that they permit review of the dispute on the merits by another arbitral tribunal if within ten years from the date that the award has been rendered, new circumstances are discovered that could have changed the outcome of the proceedings.

II. The election of Latvia as a seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

Art. 490 of the CPL provides that parties may submit already existing disputes to arbitration as well as disputes that will arise only in the future. Requirements imposed on the arbitration agreement are set out in art. 492 of the CPL, according to which an arbitration agreement must be made in writing. Art. 492 also provides that an arbitration agreement may be included in any agreement as a separate provision (an arbitration clause). The requirement for the arbitration agreement to take a «written form» is satisfied not only when parties sign an arbitration clause in a contract or conclude a separate agreement, but also if the agreement is concluded by an exchange of letters, faxes, telegrams or the use of «other means of telecommunication which ensures the existence of the intent of both parties to submit a dispute or a possible dispute to arbitration» (art. 492(2) CPL).

E-mails are generally accepted as evidence of facts contained therein. The authors are not aware of any court or arbitration decision in this respect. Nevertheless, in practice, if a party can prove the authenticity of the relevant e-mail correspondence (which in practice requires a statement from the internet providers on the authenticity of the particular e-mail correspondence), an arbitral tribunal or court will recognize such arbitration agreement and consider the respective requirement to be satisfied.

In case the parties wish to amend or rescind their arbitration agreement, such an amendment is valid only if it is done in written form (art. 492(4) CPL) and no waivers are possible.[10] An arbitration agreement has to stipulate the applicable institutional arbitration rules or indicate that the parties have opted for ad hoc arbitration. The arbitration agreement should also indicate the place, the language and the number of arbitrators. If the parties have failed to indicate the number of arbitrators, the dispute

[10] For a commentary, see Torgans, K. *Commentary on the Law on Civil Procedure*. Riga: Tiesu Nama Aģentūra, 1999 (1st ed.) 2001 (2nd ed.) 2006 (3rd ed.) (in Latvian).

will be considered by three arbitrators. The parties are, for instance, free to provide for the law applicable to the arbitration agreement, select the appointing authority and set time limits for rendering the award.[11]

Under Latvian law, if one of the parties files a request for arbitration, and the other party does not deny in its defense that an arbitration agreement exists, the subsequent behavior of the parties would not form an arbitration agreement.

Nevertheless, the arbitration rules of several arbitration institutions provide that if a party has not filed a plea with the arbitral tribunal that the dispute does not fall within its jurisdiction in accordance with the respective time limits, the party shall not have the right to contest the arbitral tribunal's jurisdiction in the future.

The right to file such objections is considered to have been waived throughout the arbitral proceedings, including the stage when the court decides on the execution of the arbitral award. The author is not aware of any court decisions about interpretation or application of these particular provisions. It is unclear whether a reference to general conditions containing an arbitration clause would be sufficient to constitute a valid arbitration agreement; the question is unclear and has not yet been addressed by the Latvian courts.

1.2. Substantive validity and arbitrability

In accordance with art. 487(1) of the CPL, the following matters are not arbitrable:

a) the adjudication of which may infringe such person's rights or interests that is not a party to the arbitration agreement;

b) where at least one party is a State or local government institution or where the arbitral award may affect the rights of State or local government institutions;

c) relating to changes in the registration of civil records registry;

d) relating to the rights and duties of persons under guardianship or trusteeship or to their interests protected by law;

e) relating to the establishment, alteration or termination of property rights with respect to immoveable property, if the right of one of the parties to the dispute is limited by law with respect to the ownership, possession or use of immoveable property;

f) relating to the eviction of a person from living quarters;

[11] This conclusion derives from the arbitral practice. For a commentary, *ibid.*

g) between employees and employers if the dispute has arisen when entering into, amending, terminating or implementing an employment contract, as well as when applying or translating provisions of regulatory enactments, a collective labour contract or working procedures (individual labor rights dispute);

h) relating to the rights and duties of persons with respect to whom insolvency or bankruptcy proceedings have been initiated before the arbitral award has been rendered.

Besides the above-mentioned situations, disputes that are adjudicated in special adjudication proceedings provided for in the CPL are also not arbitrable.[12] It should also be noted that while the Consumer Rights Protection Law of 1999[13] does not limit the parties' right to enter into an arbitration agreement, such an agreement would be valid only if it had been individually negotiated with the consumer. Ever since Judgment SKA-59 of the Supreme Court of the Republic of Latvia of 6 March 2006[14] national courts have consistently found all arbitration clauses in consumer contracts to be invalid. So far only one seller has been successful in proving that the arbitration agreement had been individually negotiated.[15] In that case, the arbitration clause was proposed by the consumer himself.

Generally, however, the jurisprudence on these matters remains limited to that of national courts.

---

[12] According to art. 251 of the CPL, special adjudication proceedings are provided for matters: (i) regarding approval and setting aside of adoption; (ii) regarding declaration of a person as lacking capacity to act and establishment of trusteeship; (iii) regarding establishment of trusteeship for persons because of their dissolute or spendthrift lifestyle, or because of excessive use of alcohol or narcotics; (iv) regarding establishment of trusteeship for the property of absent or missing persons; (v) regarding declaration of missing persons as deceased; (vi) regarding determination of such facts as are legally significant; (vii) regarding extinguishing of rights in accordance with notification procedures; (viii) regarding renewal of rights pursuant to debt instruments or bearer securities; (ix) regarding inheritance rights; (x) regarding pre-emption with respect to immovable property; (xi) regarding insolvency of a business or a company; (xii) regarding liquidation or insolvency of a credit institution; (xiii) regarding declaration of a strike or an application to strike as being unlawful; and (xiv) regarding declaration of a lock-out or an application to lock-out as being unlawful.

[13] In force as of 15 April 1999, published in *Latvijas Vēstnesis*, 1 April 1999, n.° 104/105, available at www.ptac.gov.lv.

[14] For the pioneering judgment by the Supreme Court, see Case n.° SKA-59, available (in Latvian) at www.at.gov.lv/files/archive/department3/2006/ad070306.doc. Decisions by the Consumer Rights Protection Center are available at www.ptac.gov.lv/?lang=LV&menu=113.

[15] A decision by the Consumer Rights Protection Center, not publicly available, is on file with the author.

Finally, as far as the arbitrators' right to fill in gaps in a contract based on the parties' authorization or to adapt a contract to fundamentally changed circumstances is concerned, the CPL exclusively regulates procedural matters and is silent on the substantive application of law. As a result, the decision in each individual case would be left up to the arbitral tribunal and to the law applicable to the substance of the dispute. There is no provision of Latvian law that would, in principle, exclude such a right.

2. Separability of the arbitration agreement

An arbitration agreement is considered to be an independent and separate agreement. Therefore, validity of the main contract does not have any bearing on the validity of the arbitration agreement between the parties. Following some unfounded Supreme Court practice,[16] on 2 July 2009 at the General Meeting between the Civil Matters Department and the Civil Matters Court Chamber of the Supreme Court, a common interpretation of art. 493(2) of the CPL was eventually agreed upon, providing that the arbitration agreement remains in effect as long as the legal relationship in connection with which it has been entered into has not been terminated.[17]

3. Parties to the arbitration agreement

Art. 491 of the CPL provides that an arbitration agreement can be concluded by any physical person who has the capacity to act, irrespective of his or her citizenship and place of residence, and any legal person registered in Latvia or in a foreign State, as well as any other private law subject. Disputes as to the rights and duties of persons in respect of which insolvency proceedings or bankruptcy protection proceedings have been initiated in the period until the rendering of the award are not arbitrable (art. 487(1)(8) CPL). Similarly, arbitral tribunals do not enjoy jurisdiction in matters in which at least one of the parties is a State or local government institution or where the award of the arbitration court may affect the rights of State or local government institutions (art. 487(1)(2)). In this regard, it should also be noted that upon signing and ratifying the European Convention on International Commercial Arbitration, Latvia availed itself of the possibility to limit the application of art. II(1) of the Con-

---

16 Judgment of 9 January 2008, Case Number SPC-4, available at www.at.gov.lv/files/archive/department3/2008/p-4-08.doc. In the author's view, this decision, along with a few others, hardly carries the value of a precedent and can be explained only by the Supreme Court's prejudice against arbitration and consequent tendency to permit parties to avoid arbitration whenever possible, even where such a decision flies in the face of law.

17 Decision of the General Meeting between the Civil Case Department and Civil Case Court Chamber of the Supreme Court as of 2 July 2009: «On validity of the arbitration agreement, when the creditor unilaterally withdraws from an agreement which contains an arbitration agreement», available at www.at.gov.lv/files/dokumenti/cld+ctp-02.07.09.doc.

vention, which provides that «legal persons considered by the law which is applicable to them as 'legal persons of public law' have the right to conclude valid arbitration agreements».[18] As a result, Latvian State institutions and municipalities cannot enter into arbitration agreements even when concluding purely commercial contracts.

Finally, it may also be noted that there are no specific rules pertaining to multi-party arbitration, joining a third party or consolidation in the CPL. If, however, the parties have signed an arbitration agreement stipulating such a possibility or if they have chosen arbitration rules providing for such an option, then multi-party arbitration or joining a third party would be possible. Similarly, consolidation should also, in principle, be possible based on an agreement in writing between all the parties concerned or if it were to be provided in the arbitration rules.

4. **Jurisdiction of an arbitral tribunal** (**principle of** Kompetenz-Kompetenz)

a. Competence to rule on objections

Arbitrators may rule on their own jurisdiction, including when a party disputes the validity or existence of the arbitration agreement (art. 525(2) CPL).

The arbitral tribunal is obliged to rule on its own motion that it does not have jurisdiction in non-arbitrable disputes. Otherwise, the respondent may argue before a court that the dispute cannot be arbitrated once the application to issue a writ of execution of the arbitral award is filed with the state court. Arbitrators have the discretion to rule on jurisdiction as a preliminary ruling (procedural decision) or as part of the final award.

If arbitrators issue a preliminary ruling that they have jurisdiction, this ruling cannot immediately be attacked in court. As mentioned above, the role of the courts during the arbitral proceedings is very limited, and a party may challenge the decision of an arbitral tribunal only in recognition and enforcement proceedings once the final award has been rendered.

If, however, the challenge to arbitral jurisdiction is based on the invalidity of the arbitral agreement, such a claim can be submitted to the courts at any time in the form of a separate claim directly contesting the validity of the arbitration agreement as such. In such a case, if the court finds that no arbitration agreement exists, the tribunal will no longer have jurisdiction to settle the dispute.

[18] The text of the Latvian declaration reads as follows: «In accordance with article 2(2) of the European Convention on International Commercial Arbitration, the Republic of Latvia declares that article 2(1) does not apply for State authorities and local government authorities».

b. Timing of objections

The plea that arbitrators have no jurisdiction can be submitted to the tribunal before or on the day the statement of defense is due. Indeed, art. 525 of the CPL provides that objections should be raised «without delay» and that failure to submit such an objection constitutes waiver of the right to do so. Nonetheless, in practice, if a party tries to resist enforcement of the arbitral award and proves to the court that the arbitral tribunal did not have jurisdiction, the fact that the party did not raise its objections in due time will not be considered as waiver of its right to object. In practice, only in exceptional cases would the court evaluate the party's conduct in the proceedings, including the question of whether any rights have been waived.

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

If the parties have agreed on institutional arbitration, but have failed to specify the procedures for the appointment of arbitrators, the arbitrators are appointed in accordance with the rules of arbitration of the respective institution (art. 499(3) CPL). The arbitrators must be appointed taking into account the principle of equality between the parties. If the parties have not specified the procedure regarding appointment of arbitrators, and the dispute itself is solved on an ad hoc basis according to art. 499(4) of the CPL, each party appoints one arbitrator. The two party-appointed arbitrators further select the chairman of the arbitral tribunal. The Arbitration Rules of the LCCI Court of Arbitration provide that each party appoints one arbitrator and that the Council of the LCCI Court of Arbitration nominates the third arbitrator to act as the chairman of the tribunal within fifteen days from the date when the Answer to the Request for Arbitration has been received (art. 17).

The Rules of Arbitration of the Riga International Court of Arbitration provide that each party selects one arbitrator from the list of arbitrators and that subsequently the party-appointed arbitrators select the third arbitrator to act as the chairman of the tribunal. If the arbitrators selected by the parties cannot agree on the selection of the chairman within ten days, the chairman is appointed by the Presidium of the Arbitration Court (arts. 27-32 of the Rules of Arbitration).

To conclude, in the case of institutional arbitration, arbitrators are appointed in accordance with the rules of the respective institution. In ad hoc arbitration where the place of arbitration is in Latvia, however, if either party fails to appoint its arbitrator, the arbitral tribunal cannot be established, as the Latvian courts are not entitled to act as an appointing authority. In such a case, the arbitration clause would be found inoperative and the parties would be obliged to litigate their dispute.

In accordance with art. 498(1) of the CPL, there must be an odd number of arbitrators. The parties are entitled to agree on a single arbitrator, but if they have not agreed on the number of arbitrators, the tribunal shall consist of three arbitrators (art. 498(1) and (2) of the CPL). The provisions of the CPL may also play a significant role with respect to the enforcement of the award. Thus, if an award is rendered by an even number of arbitrators, it is likely that the writ of enforcement would not be issued on the ground that arbitral proceedings were conducted in breach of the provisions of the CPL (art. 536 (6)). According to the Arbitration Rules of the LCCI Court of Arbitration, if the parties have not agreed on the number of arbitrators, the arbitral tribunal shall consist of a sole arbitrator. However, if one of the parties so requests, the Council of the LCCI Court of Arbitration may also decide that the dispute be settled by three arbitrators, in light of the complexity of the case and other relevant circumstances. The interested party shall submit such a request to the Secretariat of the LCCI Court of Arbitration along with its Statement of Claim or, respectively, the Reply to the Statement of Claim. (See art. 17(1) of the Arbitration Rules.)

2. Qualifications of arbitrators

In Latvia, any person having the capacity to act may be appointed as an arbitrator, irrespective of citizenship and place of residence. The person has to confirm his or her acceptance, in writing, to act as an arbitrator. Art. 497(3) of the CPL provides that arbitrators must be independent and objective and perform their duties in good faith. Generally, there are few restrictions on being appointed as an arbitrator in Latvia. However, the Law on Prevention of Conflicts of Interests in Activities of Public Officials[19] forbids judges, notaries, prosecutors and civil servants from serving as arbitrators. The parties to the arbitration agreement may agree on additional qualifications from the arbitrators. Similarly, the applicable arbitration rules may foresee certain qualifications that the arbitrators must meet. In practice, all arbitration institutions in Latvia, except for the LCCI Court of Arbitration, have closed lists of arbitrators. Consequently, only the listed persons can be appointed as arbitrators, unless the parties have provided for a different appointment procedure in their arbitration agreement.

As far as the obligation of disclosure is concerned, the CPL requires arbitrators to be independent and free of any outside influences (art. 497(3)). Under nearly all arbitration rules the future arbitrator is under an obligation to disclose any facts that could cause justifiable doubts as to his or her impartiality and independence. Some arbitral institutions (for example, the LCCI Court of Arbitration), require the prospective arbitrator to sign a Statement of Independence. In 2004, for instance, the

[19] Available at www.likumi.lv/doc.php?id=61913.

LCCI Court of Arbitration adopted its Code of Ethics, which imposes additional ethical duties on arbitrators.[20]

It should also be noted that in practice, parties can find themselves in the unpleasant situation where they must choose an arbitrator from a closed list of arbitrators while they have absolutely no information on the listed candidates. There have even been cases when a prospective candidate has refused to provide general information about himself (such as education and experience), while simply declaring that there are no facts which could cause justifiable doubts as to his impartiality and independence.[21]

3. Challenge of arbitrators

In accordance with art. 501(1) of the CPL, an arbitrator may be challenged on the basis of well-founded doubts as to his impartiality and independence. Art. 501(2) of the CPL provides further that a party may challenge an arbitrator that it has appointed or in whose appointment it has participated only where the party found out about the grounds for removal after the initial appointment. This article also provides that an arbitrator may be challenged if his qualifications do not correspond to the credentials for arbitrators indicated and agreed to by the parties.

In accordance with art. 502(1) of the CPL, it is the parties who determine the procedure for challenging an arbitrator. Where the proceedings take place under the auspices of a particular arbitration institution, and in the absence of parties' agreement on the issue of challenge, the matter will be settled according to the applicable institutional arbitration rules.

In the case of ad hoc arbitration, the interested party must send the arbitrator a reasoned challenge within fifteen days from the day that it has become aware of the arbitrator's appointment or the circumstances giving rise to the respective challenge. The challenge must be made in writing and be reasoned (art. 502(3) of the CPL). This article provides that in ad hoc arbitration the challenge is made by sending the arbitrators a notice indicating which arbitrator is challenged and on what basis. Where the challenged arbitrator refuses to resign, the matter is decided by the other two arbitrators. In the case of an *ad-hoc* arbitration before a single arbitrator, the challenge is decided by the arbitrator himself. As far as institutional arbitration is concerned, it is worth noting that the Arbitration Rules of the LCCI Court of Arbitration provide that where the request for challenge has been received before the appointment of the arbitrator and the challenged arbitrator refuses to withdraw voluntarily, the matter must be decided by the Council of the LCCI Court of Arbitration within ten days of receipt of the request (art. 19(3)).

---

[20] Adopted on 11 November 2004 and available in Latvian at <www.chamber.lv/doc_images/etikas_latv.doc>.

[21] The case law is not public, but on file with the author.

Neither the tribunal's, nor the arbitral institution's decision on the challenge is subject to appeal in court. In other words, Latvian courts do not have the authority to decide on the challenge of arbitrators, and they will consider the issue only when hearing a request to issue a writ of execution.

Lastly, as to the liability of arbitrators, Latvian law does not contain any special provisions relating to this issue. Therefore, the general rules of liability in Latvian civil law would apply. In one important decision, the Latvian Constitutional Court remarked in passing that arbitrators may in principle be held liable for rendering an unenforceable award,[22] but it did not further elaborate on this issue. Besides this *obiter dictum* statement by the Latvian Constitutional Court, at the time of publication, no case relating to the liability of arbitrators has been decided in Latvia.

A. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

Arbitral proceedings are governed by the CPL, which is applicable to all arbitral proceedings taking place in Latvia. The CPL contains relatively detailed rules and thus does not leave much discretion to either the tribunal or the parties. Art. 505 of the CPL requires the arbitral tribunal to pay due regard to the principles of the parties' equality and the adversarial procedure. As affirmed by the Constitutional Court,[23] party equality is one of the core principles of arbitral proceedings, the breach of which may legitimately result in a refusal to enforce an arbitral award.

Art. 506 of the CPL provides further that parties are free to determine the applicable arbitration procedure. However, where the parties have not agreed on the procedure in advance, once the tribunal is established, all procedural decisions are taken by the tribunal in prior consultation with the parties. A tribunal may not overrule an agreement of the parties unless the parties so agree in writing. If arbitral proceedings have not been conducted in accordance with the arbitration agreement, the enforcement of the arbitral award may be refused.

2. Conduct of proceedings

As a general rule, the arbitration procedure in institutional arbitration always starts with the exchange of written pleadings. The claimant has to submit its statement of claim as the initiating document of all proceedings, outlining the facts supporting its

---

[22] Judgment 2004-10-01 of the Constitutional Court of 17 January 2005, available (in Latvian) at <www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2004-10-01.rtf>.

[23] *Ibid.*

claims and the points at issue, while the respondent is required to submit his defense in accordance with the time frame decided by the arbitral tribunal.

Pursuant to the CPL, an arbitral tribunal, paying due regard to the parties' arbitration agreement, may either hold hearings in order to examine the explanations and objections of the parties as well as the evidence (*i.e.*, an oral procedure) or resolve the dispute on the basis of the written evidence and submitted materials only (*i.e.*, a written procedure). An arbitrator can settle the case based merely on written evidence only where the parties have provided in their arbitration agreement that the arbitral proceedings shall take place in writing. If none of the parties requests the tribunal to hold oral hearings before the award is rendered, the arbitration shall be conducted only by written procedure. However, a request for an oral hearing can be submitted at any time before the final award is rendered and according to art. 518(1) of the CPL, even if the parties have agreed on the written procedure, if any of the parties requests an oral hearing, the tribunal must hold such a hearing.

3. Evidence

Under Latvian law, the power to determine the admissibility and eligibility of evidence rests fully with the arbitral tribunal (art. 521(4) CPL). The CPL provides that admissible forms of evidence consist of: (i) statements of the parties; (ii) written evidence; (iii) material evidence; and (iv) expert opinions (see arts. 521-522 CPL).

Generally, arbitral tribunals are not bound by the rules of evidence applicable in Latvian courts, although in practice tribunals often choose to follow these rules. One significant feature of Latvian arbitration practice is that in principle oral witness testimony is not admissible in arbitral proceedings. Such testimony is not admissible since it is deemed that there is insufficient control over this type of evidence, especially as it cannot later be reviewed by a court when enforcing an arbitral award.

This practice has developed from the interpretation of art. 521(1) of the CPL providing that in arbitration proceedings the permitted means of proof are party statements, written evidence, material evidence and expert opinions. As fact witnesses are not listed, it is presumed that this form of evidence is not permitted. In practice, parties often overcome this prohibition by presenting witnesses as party representatives who would be allowed to appear in the hearing and to give «testimony» in the form of a statement by the party. During testimony, both the arbitral tribunal and the other party can direct questions to the «party representatives». As witnesses are not allowed to appear in arbitral proceedings they also cannot be compelled to appear before arbitrators or to take oaths.

Furthermore, art. 521(3) of the CPL provides that documentary evidence must be submitted in the original or in the form of a certified copy. If a party submits a copy of a document, the arbitral tribunal may of its own accord, or pursuant to the request of the other party, require that the original document be submitted. The arbitral tribunal shall return the original document, pursuant to the request of the person who has submitted it, and add its certified copy to the materials of the procedure. The arbitral tribunal may also require the parties to submit supplementary documents or other evidence. However, the tribunal has no coercive power to enforce orders for disclosure of the documents, and any such order would be dependent on voluntary compliance by the parties or any third party. As with witnesses, Latvian courts also have no authority to request parties to provide any documentary evidence to the arbitral tribunal or to the other part.

D. Provisional Measures

The CPL is not based on the Model Law and it does not specify what sort of interim measures are allowed in arbitral proceedings, but merely provides that the arbitral tribunal may make a decision (by implication, to solve procedural questions) or an arbitral award (CPL art. 528(1)). On this basis, arbitrators are, for instance, allowed to issue orders to preserve perishable goods or to order a bank guarantee on behalf of one of the parties.

With one exception, Latvian courts have no authority to grant interim measures, even if a party were to apply to the court directly. Art. 496 of the CPL provides that the only interim measure that can be adopted by a court in relation to arbitral proceedings relates to securing a claim before arbitral proceedings have been initiated, if such a claim is raised in accordance with the procedures prescribed by art. 139 CPL, which is entitled «Securing of Claims Prior to the Bringing of an Action» and provides as follows:

a) A potential plaintiff may petition for securing of their claim prior to bringing a court action, and even before an obligation has become due, if the debtor, with the purpose of avoiding performance of their obligation, removes or alienates their property, leaves their place of residence without informing the creditor, or performs other actions which evidence that the debtor is not acting in good faith. When submitting an application for securing a claim prior to bringing a court action, the potential plaintiff shall submit evidence that confirms their rights on the basis of obligations and the necessity of securing the claim.

b) An application for the securing of a claim before an action is brought shall be submitted to the court in which the action, regarding the claim sought to be secured, is to be brought. If the parties have agreed to submit the dispute to

an arbitration court, an application shall be submitted to a court in accordance with the location of the debtor or their property.

c) In satisfying an application regarding the securing of a claim prior to action being brought, a judge shall set a time period for the plaintiff within which they must submit a statement of claim to the court.[24]

Art. 496 further provides that based on a petition by a party or an arbitral tribunal, the same court shall decide on removing or changing the interim measures ordered for securing the claim.

The limited access to interim measures thus leads to the result that while, for example, arbitrators are able to issue orders for interim relief, the enforcement of such decisions cannot be requested from the courts and therefore parties must comply with them voluntarily. As parties cannot approach a court directly for interim relief, parties must accept this shortcoming when opting for arbitration in Latvia.

Lastly, it is to be noted that procedural decisions by the arbitral tribunal may not be given in the form of an interim award. Even if such a decision is given in the form of an interim award, such an award cannot be enforced as an award.

E. Law governing the merits of the case

Art. 494 of the CPL, entitled «Law Applicable to the Arbitration Agreement», provides that «[i]f an arbitration agreement does not stipulate under which national law the validity of such agreement is to be determined, the law applicable to the arbitration agreement shall be determined in accordance with Articles 19 and 25 of the [Latvian] Civil Law».

Art. 19 of the Civil Law[25] provides that with respect to any obligations, rights and duties arising from the contract, one must first ascertain whether the contracting parties have agreed to determine their relationship in accordance with any specific law. Any such agreement on the applicable law between the parties shall be in effect insofar as it is not in conflict with mandatory or prohibitory norms of Latvian law.

Art. 19 of the Civil Law further provides that if no such agreement exists, it is presumed that the contracting parties have subjected their obligations to the laws of the State where the obligation is to be performed. If it is not possible to determine the

[24] The translation of the CPL is provided by the Latvian Centre of Translation and Terminology, available at <www.ttc.lv>.

[25] Available at <www.ttc.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The_Civil_Law.doc>.

place where the obligation is to be performed, the law of the place where the contract was entered into shall apply.

Finally, contracts entered into by institutions of the State of Latvia and local governments of Latvia shall be adjudged in respect of their substance and consequences in accordance with Latvian law, provided that the contract itself does not stipulate otherwise.

F. The award

The CPL draws a distinction between two types of arbitral awards: final awards and supplementary awards. According to the CPL, after the final award has been rendered, the tribunal may make a supplementary award within thirty days from the day the award is sent to the parties if any of the claims submitted until the making of the award have not been decided in the final award (art. 530(4)(3)). Interim relief may not be issued in the form of an award and, even if it were so issued, would not be enforceable as an award.

Furthermore, pursuant to art. 528 of the CPL, arbitral awards must be made by majority vote.

The Rules of Arbitration of the LCCI Court of Arbitration provide that in the absence of a majority, the vote of the chairman of the arbitral tribunal is decisive, unless the parties have agreed on a different voting procedure in their arbitration agreement (art. 25(2)). Even though the CPL contains no specific provisions on dissenting opinions, it is accepted practice in Latvia that an arbitrator may produce a dissenting opinion. Whether the dissenting opinion must be annexed to the award is not regulated.

As to the timing of issuing an award, art. 493(4) of the CPL provides that each party has the right unilaterally to withdraw from the arbitration agreement if the arbitral tribunal has not delivered an award within one year from the commencement of the arbitral proceedings, unless otherwise agreed by the parties or specified in the rules of the specific arbitration institution. In practice, in most cases, the tribunal and the parties come to an agreement on the extension of the time limit. Since the role of the courts in arbitral proceedings is very limited, it is impossible to approach the court for an extension of time.

As to the form of the award, art. 530(1) of the CPL provides that the award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrators. If the tribunal consists of several arbitrators, the award shall be signed by all the arbitrators. If an arbitrator, for any reason, does not sign the award, the award shall stipulate the reasons explaining why the arbitrator's signature is missing. The award must also contain the reasons on which it is

based, unless otherwise expressly agreed by the parties. More specifically, in accordance with art. 530(2) of the CPL, the award must contain the following information:

a) the composition of the arbitral tribunal;

b) the time and place where the award is rendered;

c) information concerning the parties;

d) the subject of the dispute;

e) the reasons for the award unless otherwise agreed by the parties;

f) the conclusion regarding complete or partial satisfaction of the claim, or the complete or partial dismissal thereof, and the substance of the arbitral award;

g) the amount to be recovered, if the award is rendered regarding recovery of money;

h) the specific property and the value thereof that is to be recovered in the event the property does not exist, if the award is rendered regarding recovery of property in specie;

i) by whom, what and within what time period actions are to be fulfilled, if the award imposes a duty to fulfill such actions;

j) what part of the award refers to each claimant, if the award is made for the benefit of more than one claimant or what part of the award is to be fulfilled by each of the respondents, if the award is made against more than one respondent;

k) the costs of the arbitration proceedings and the allocation of such costs and the costs of legal assistance among the parties.

In practice, awards that fail to indicate any of the information required by art. 530 are refused enforcement by national courts. For example, the Supreme Court of Latvia has recently found that an arbitral award that failed to determine the composition of the arbitral tribunal, irrespective of the fact that the award in question was signed by all three members of the tribunal, should be refused.

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award

As a general rule, arbitral awards are not subject to appeal in Latvia. Nor is there any equivalent of a «second arbitral instance» in Latvia. Similarly, setting-aside procee-

dings (or actions for annulment or vacation of the award) are not available in Latvia. While Part D of the CPL was, in theory, drafted on the basis of the UNCITRAL Model Law, the ability to set aside an award was another of the features of the Model Law that was deleted in order to strengthen the finality of arbitral awards.

The only recourse available to a dissatisfied party is to try to resist the enforcement of the award. In practice, courts are rather reluctant to issue the writ of execution if a party against whom enforcement is sought succeeds in providing any evidence regarding procedural breaches during the arbitral proceedings.[26]

In addition, the Chairperson of the Supreme Court, the Chairperson of the Senate Civil Matters Department and the Public Prosecutor have the right to protest against the recognition and enforcement of arbitral awards rendered by the arbitral tribunal. More specifically, in accordance with arts. 483 and 484 of the CPL, if serious material or procedural errors are found in a case that has been reviewed only by a court of first instance and has not been appealed under the procedure provided under the CPL for reasons independent from the parties, or if the rights of state or municipal institutions that have not been parties to the case are breached, these officials may file a protest to the Supreme Court.[27] This means of recourse is possible only if not more than ten years have passed since the court judgment was issued (art. 483).[28]

More generally as to the enforcement (as opposed to challenge) of international arbitral awards rendered in Latvia, it may be noted that where a party does not comply voluntarily with the award rendered under the arbitration rules of an arbitration institution, the interested party is entitled to apply to the state court at the place of the arbitration institution for issue of a writ of execution for compulsory enforcement of the arbitral award (art. 533 CPL). In such a case, the party has to provide the court with the arbitral award (art. 534 CPL).

---

[26] Such decisions have, to date, been confined to the courts of first instance; there is no binding court decision on this issue.

[27] Art. 484 provides as follows: «The grounds for submitting a protest regarding a court adjudication are the breach of substantive or procedural norms of law as has been ascertained in matters which have only been adjudicated in a court of first instance, if the court adjudication has not been appealed pursuant to procedures prescribed by law due to reasons independent of the participants in the matter, or the infringement, pursuant to a court adjudication, of the rights of State or local government institutions or of such persons as were not participants in the matter».

[28] Art. 483 of the CPL, entitled «Submitting a Protest», provides: «A protest regarding a court adjudication that has come into effect may be submitted to the Senate by the Chairperson of the Supreme Court, the Chairperson of the Senate Civil Matters Department or the Public Prosecutor, provided that not more than 10 years have elapsed since the adjudication came into effect».

In contrast to awards issued through arbitral institutions, *ad-hoc* arbitral awards issued in Latvia cannot be enforced through a court. It is also interesting to note that, due to the fact that in the past, consumer disputes could be submitted to arbitration, the CPL was amended in 2005 deleting the burden on a party of proving the existence of any of the grounds for refusal to issue a writ of enforcement. Currently, courts examine the existence of all grounds *sua sponte*, without considering silence of the parties as a waiver.

A decision regarding the issue of a writ of execution or a reasoned refusal to issue the requested writ of execution is taken by a judge on the basis of the submitted documents without summoning the parties. According to art. 536 of the CPL, the judge shall refuse to issue a writ of execution, if:

a) the particular dispute may be resolved only by a court;

b) the arbitration agreement has been entered into by a person that lacks the capacity to act;

c) the arbitration agreement has been set aside or declared null and void in accordance with the applicable law;

d) a party has not been notified of the arbitral proceedings in the appropriate manner, or due to other reasons has been unable to submit his or her explanations, and this significantly has or could have affected the arbitral proceedings;

e) the party has not been notified of the appointment of an arbitrator in the appropriate manner, and this significantly has or could have affected the arbitral proceedings;

f) the arbitral tribunal has not been established or the arbitral proceedings have not taken place in accordance with the provisions of the arbitration agreement or of Part D of this Law; or

g) the arbitral award has been made regarding a dispute that was not provided for in the arbitration agreement or it does not comply with the provisions of the arbitration agreement, or it decides matters that fall outside the scope of the arbitration agreement. In such a case, the writ of execution may be issued for that part of the arbitral award, which complies with the arbitration agreement provided that it can be separated from the issues which fall outside the scope of the arbitration agreement.

2. Revision of the award

Until the execution of the award, each party, upon an appropriate notification to the other party, may request an arbitral tribunal to correct any calculation, grammatical

or printing error in the award. The arbitral tribunal can also correct such omissions on its own motion (art. 530(4) CPL).

Art. 27 of the Rules of Arbitration of the LCCI Court of Arbitration provide that within ten days after the receipt of the written award, a party, while notifying the other party, may ask the tribunal to correct the existing mistakes in calculations, as well as any typographical or grammatical errors. The arbitral tribunal needs to make the necessary corrections in the award within fifteen days from the receipt of the request.

It is established practice that if the arbitral tribunal has failed to provide the date or the place of arbitration in the award or the award has not been signed, it cannot be considered as a calculation, grammatical or printing error and consequently cannot be corrected.

Until the execution of the award, each party, upon notification to the other party, may request the arbitral tribunal to interpret the award (art. 530(4)(2) CPL). Such an interpretation of the award becomes an integral part of that award. The Rules of Arbitration of the LCCI Court of Arbitration provide that within ten days after receipt of any award, a party may ask the arbitral tribunal for an interpretation of the award (art. 27). Interpretation of the award shall become an integral part of the award.

Any correction or interpretation should be made in writing and signed by all members of the arbitral tribunal in order to become an integral (and thus enforceable) part of the final award. The CPL only provides for the issuing of a supplementary award when any of the claims submitted until the making of an award have not been decided by the tribunal (art. 530(4)(3)). However, no such supplementary award is provided for in the case of correction or interpretation of an award.

Correction or interpretation of an award can be requested before enforcement of that award. In relation to a supplementary award for previously undecided issues, the time limit is thirty days from the sending of an award to the parties (art. 530(4) CPL).

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

1. Enforcement under Conventions and Treaties

Latvia has been a party to the 1958 New York Convention since 1992, and to the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) since 1997. Latvia is also party to the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration since 2003.

The CPL contains a separate chapter (Chap. 78) on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The CPL stipulates that enforcement of foreign arbitral awards takes place «in accordance with this Law [the CPL] and international agreements in force for the Republic of Latvia» (art. 646 CPL).

The procedure for enforcing a foreign arbitral award is set out in arts. 647-651 of the CPL, which provide for the making of an application for recognition and execution of a foreign award to the appropriate district court. Documents to be submitted with the application include «the original of the foreign arbitral award or a properly certified true copy thereof» (art. 647(3)(1)), an officially translated document containing the arbitration agreement and confirmation of payment of state fees. The application shall also include the information provided in art. 638 CPL.[29]A hearing will be held to hear the application, after notification of both parties, and the parties and/or foreign arbitral tribunal may be asked to provide additional information (art. 649).

As to the extent of court review, according to art. 649(4) of the CPL, «an application shall only be dismissed in the cases provided for by international treaties binding upon the Republic of Latvia». In practice, therefore, the court review in enforcement proceedings is carried out by directly applying the provisions of the New York Convention, including the limited grounds for refusal of enforcement included in the text of the New York Convention.

The CPL also provides that an «ancillary complaint» may be submitted regarding a court decision to recognize and enforce —or refuse the recognition and enforcement of— a foreign arbitral award (art. 649(5)). As already noted above, a party cannot attack the award on the merits. Such an ancillary complaint may be submitted within ten days from the adoption of the decision of the court and it must be addressed to the appropriate regional court, *i.e.*, a court of higher instance. An ancillary complaint is subject to state fee payment in the amount of LVL 20 (art. 34(5) CPL). The court's ruling on an ancillary complaint is not subject to appeal.

[29] Art. 638(2) provides that an application shall indicate: (i) the name of the court to which an application is submitted; (ii) the given name, surname, personal identity number (if there is none, then other identification data) and place of residence of the applicant and defendant, but for a legal person – its name, registration number and location (legal address); (iii) the object of the application and the circumstances upon which the application is based; (iv) the petition of the applicant to recognise or recognise and execute the adjudication of a foreign court in full or any of its parts; (v) the authorised representative and his or her address if a representative has been appointed for the conduct of the matter in Latvia; (vi) a list of the documents appended for the conduct of the matter in Latvia ; and (vii) the date of completing the application. Translation of the CPL provided by the Latvian Centre of Translation and Terminology, available at www.ttc.lv.

2. Enforcement where no Convention or Treaty applies

The CPL does not require that for a foreign arbitral award to be enforceable, it must fall under any convention or treaty. The author is not aware of any court decision in Latvia dealing with recognition and enforcement of an award issued in a non-New York Convention country; however, in such a case, it is likely that the award would still be recognized and enforced under the Convention's provisions. The CPL does not set any time limits for making the request for enforcement, nor does it require leave for enforcement in the country where the award was made.

Lastly, it should also be noted that the violation of rules of public policy is not a ground for refusal of enforcement of domestic arbitral awards. However, in the case of enforcement of foreign awards, the public policy ground mentioned in the New York Convention would be applicable (see Art. 649(4) CPL). Where the arbitration qualifies as an international commercial arbitration, neither the law nor the courts have restricted this ground to mean international public policy.

V. Conclusion

The current regulation of the arbitration regime in Latvia through the CPL deviates considerably from the provisions of the Model Law. As a result, Latvia cannot be considered a Model Law country and, in fact, its arbitration regime contains several peculiarities. The sheer number —201 at the time of writing— of permanent arbitration institutions is extraordinary. That said, foreign arbitral awards are recognized and enforced in accordance with procedures that conform to the requirements of the New York Convention.

Currently a new Arbitration Law is being drafted by a working group established by the Latvian Chamber of Trade and Industry. The new Arbitration Law is expected to be based on the Model Law and is supposed to be distributed for public discussion in 2012. It is hoped that the new Law would bring more order and clarity to the arbitration regime in Latvia, including an adequate regulation of the role of national courts which is currently lacking.

Lituania (Lithuania)

Vilija Vaitkutė Pavan
Giedrė Černiauskė

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Lithuania.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Lithuania as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of the arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: State courts and arbitral tribunals.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Type of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by the arbitral tribunal seating in Lithuania.— 5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals.— b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— a. Grounds for challenging awards.— b. Proceedings.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Lithuania

The development and practice of arbitration in the Republic of Lithuania began after independence was restored in 1990 and the Law on Commercial Arbitration of the

Republic of Lithuania (the «*Arbitration Law*») was enacted in 1996.[1] Since its 1996 enactment, the Arbitration Law has been amended on several occasions. However, these amendments were of minor significance and more significant amendments are eagerly awaited to be implemented in the nearest future at the time of writing.

Immediately after the enactment of the Arbitration Law, which foresaw that permanent arbitral institutions may be established by Lithuanian public organizations representing Lithuanian undertakings engaged in industry, business and legal activities, *i.e.,* chambers of commerce or trade associations (art. 5 of the Arbitration Law), the first two permanent arbitral institutions were established. In particular, the Vilnius International Commercial Arbitration was established in 1996 and the Arbitration Court at the Association International Chamber of Commerce-Lithuania was established in 1997.

In 2003, the above mentioned arbitral institutions were merged into one institution, the Vilnius Court of Commercial Arbitration, which became the best known permanent arbitral institution in Lithuania since then.[2]

Though, as stated above, arbitration is a comparatively new notion in Lithuania and the Arbitration Law has been in force for only fifteen years at the time of writing, the use and popularity of arbitration has been promoted in Lithuania by teaching and training the future generation of lawyers, organizing seminars on arbitration for Lithuanian businesses and professionals and, as will be stated in more detail below, developing legal regulation in order to create a strong pro-arbitration environment.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

The Arbitration Law, which entered into force on 2 May 1996, is the main source of law on arbitration in Lithuania. The Arbitration Law is mainly based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (at the time of writing - on its 1985 version, without the 2006 amendments) (the «*Model Law*») and regulates legal relations arising out of the arbitration agreement, including arbitration

---

1 Law on Commercial Arbitration of the Republic of Lithuania. Official Gazette. 1996, n.° 39-961; 2001, n.° 28-894; 2008, n.° 87-3463.

2 The arbitration rules of the Vilnius Court of Commercial Arbitration, the model arbitration clause and contact details of this arbitral institution may be accessed at http://www.arbitrazas.lt/index.php?handler=en.aboutus.

proceedings, arbitral awards, enforcement of foreign arbitral awards and the authority of the Lithuanian courts in the sphere of arbitration.

It is worth mentioning that the Arbitration Law, in a contrast to the Model Law, applies to both national and international commercial arbitration and contains additional criteria for determining when arbitration is considered to be international, namely if one (or both) party to the dispute is a Lithuanian economic entity in which foreign capital is invested (art. 4 (1) (6)). In addition, the Arbitration Law currently in force does not allow the arbitral tribunal to order such provisional measures as the tribunal may consider necessary and only provides that the arbitral tribunal has the right to order a security deposit, while only the court may apply other provisional measures (art. 20).

At the time of writing, a working group comprised of arbitration practitioners and scholars is preparing amendments to the Arbitration Law. Since the aim of the amendments is to ensure an arbitration-friendly environment in Lithuania, the working group is considering changes to such important arbitration issues as non-arbitrable disputes, application of provisional measures, court assistance and setting aside proceedings. It is predicted that amendments of the Arbitration Law will be implemented by the Lithuanian Parliament till 2012.

One more significant domestic source is the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania (the «*Code of Civil Procedure*»), as enforcement of national and foreign arbitral awards in Lithuania is governed by the procedure determined not only in the Arbitration Law, but also in the Code of Civil Procedure. Related provisions are set forth in Part VI «*Enforcement*» and Part VII «*International Civil Procedure*» of the Code of Civil Procedure. Accordingly, the Code of Civil Procedure regulates the procedure for recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the grounds for refusal to recognise and enforce foreign arbitral awards and the enforcement of arbitral awards.

B. International sources

Lithuania has ratified the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (the «*New York Convention*»), which entered into force in Lithuania on 12 June 1995. Lithuania is also a party to the Convention on Conciliation and Arbitration within the Commission on Security and Cooperation in Europe of 1992 (which entered into force in Lithuania on 19 February 1998), the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention, which entered into force in Lithuania on 13 December 1998) and a number of bilateral investment treaties.

C. Role of EU law

Lithuania is a member of EU since 1 May 2004. However, Council Regulation (EC) n.° 44 / 2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters is not applicable to arbitration at the time of writing.

III. The election of Lithuania as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

Under the Arbitration Law, the parties may agree to solve their dispute either by including an arbitration clause in the contract or by concluding a separate arbitration agreement. An arbitration clause or agreement may be concluded in respect of a particular dispute which already exists as well as in respect of future disputes (art. 9 (1)).

An arbitration agreement must be concluded in writing (art. 9 (2) of the Arbitration Law) and notably, the arbitration agreement is considered null and void if it does not conform to the definition or form of the arbitration agreement determined by the Arbitration Law (art. 10 of the Arbitration Law).

An arbitration agreement is considered to be made in writing if it is concluded either as a document signed by both parties, or by exchanging letters, faxes, telegrams or other documents that provide a record of the agreement, or by exchanging statements of claim and statements of defence where the existence of an arbitration agreement is alleged by one party and not denied by the other, or there is other written evidence confirming that the parties have concluded or recognized the conclusion of arbitration agreement.

Since the Arbitration Law does not contain any specific rules regarding the use of electronic means for conclusion of arbitration agreement, arbitration doctrine should be followed which provides that an arbitration agreement may certainly be concluded by electronic means, provided that it meets certain requirements for electronic communication determined in the Civil Code of the Republic of Lithuania, *i.e.*, that «the protection of the text is guaranteed and the signature of the party can

be identified».[3] Notably, the use of electronic means in this sphere will be extended after material amendments of the Arbitration Law will be implemented.

Notably, the Arbitration Law also provides that a reference in a contract concluded by the parties to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the contract is concluded in writing and the reference is an inseparable part of the contract (art. 9 (3)).

Except for requirements indicated above, the Arbitration Law is further silent on the content of the arbitration agreement. However, practice shows that the lack of provisions regarding, for instance, the composition of the arbitral tribunal, the arbitral institution or the scope of the arbitration agreement may lead to difficult or even impossible implementation of such arbitration agreement.

1.2. Substantive validity and arbitrability

The Supreme Court of Lithuania has stated in numerous cases that an express intention of the parties to submit their disputes to arbitration constitutes an essential part of the arbitration agreement.[4] In addition, upon the request of a party, an arbitration agreement may be recognized as null and void on the general grounds applicable for recognition of contracts as null and void.

Following the provisions of the Arbitration Law currently in force, a few categories of disputes may not be submitted to arbitration. In particular, disputes arising from constitutional, employment, family, administrative legal relations, as well as disputes related to competition, patents, trademarks and service marks and disputes arising from contracts concluded by consumers may not be submitted to arbitration.

In addition, disputes, the party to which is a state or municipal enterprise, as well as a state or municipal institution or organisation, except the Bank of Lithuania (the central bank of the Republic of Lithuania), may not be submitted to arbitration unless an advance consent to such agreement has been given by the founder of such enterprise, institution or organisation. The Government of the Republic of Lithuania or its authorized public authority may generally conclude an arbitration agreement concerning disputes arising from «commercial-economic contracts» to which the Government or its authorized public authority is a party (art. 11 (3) of the Arbitration Law).

---

[3] Civilka M. & L. Butkevičius. «Chapter 37». In *GLG International Comparative Legal Guide to International Arbitration,* 2005, pp. 230-238, at p. 230.

[4] This rule is firmly established in the ruling of the Supreme Court of Lithuania in the case n.° 3K-7-999, dated 25 November 2003 and in the ruling of the Supreme Court of Lithuania in the case n.° 3K-3-542, dated 29 October 2004.

It is noteworthy, that under art. 11 of the Arbitration Law, disputes related to bankruptcy issues cannot be submitted to arbitration. Indeed, the Lithuanian Enterprise Bankruptcy Law provides that all civil cases in which claims have been filed against a bankrupt enterprise shall be referred to the court that instituted bankruptcy proceedings.

However, significant amendments to the Arbitration Law are expected to be implemented in the earliest future and this particularly relates to arbitrability provisions. For instance, the Draft Law on the Amendment of the Law on Arbitration of the Republic of Lithuania n.° XIP-1985 introduced for the Parliament of the Republic of Lithuania on 28 March 2010 (the «*Draft Arbitration Law*») provides that disputes arising from labour and consumers contracts may be subject to arbitration provided that arbitration agreement is concluded after the particular dispute arises. Moreover, a possibility to arbitrate disputes related to compensation of damages suffered as a result of a breach of the competition law rules is set forth in the Draft Arbitration Law, which, as already stated above, is expected to be implemented till 2012.

2. Separability of the arbitration agreement

The doctrine of separability which means that an arbitration clause within a contract is treated as a separable clause is well known in Lithuanian law and followed by Lithuanian courts. Art. 19 of the Arbitration Law provides that «a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void does not ipso jure mean the invalidity of the arbitration clause».

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

The Arbitration Law currently in force does not make any provision for the joinder of third parties to arbitration proceedings. Therefore, the general rule is that the only parties entitled to participate in arbitration proceedings are those that have mutually consented to do so. However, some exceptions from this rule exist in cases of legal transfers of rights, for instance, succession.

As an example, in a Svenska Petroleum Exploration v. Lithuania case the joint venture agreement was entered into by Svenska and Geonafta, which contained terms dealing expressly with rights and obligations of the Lithuanian Government. The agreement was signed by Government officials and contained a statement above their signatures specifying that the Government approves the agreement and «acknowledges itself to be legally and contractually bound as if the Government were a signatory to the Agreement». The arbitral tribunal in its provisional award held that the Lithuanian Government agreed to be bound by the agreement. The issue of the tribunal's jurisdiction was subsequently challenged in the context of enforcement

proceedings brought by Svenska before the English courts. The Court of Appeal on 13 November 2006, taking into account the general principles of the Lithuanian laws as the laws of Lithuania were applicable to the dispute, held that the existence of the statement provided strong evidence that the parties did intend that the Government should be bound by the terms of the agreement (*Svenska Petroleum Exploration AB vs. Government of Republic of Lithuania* and another [2006] EWCA Civ 1529).

4. Jurisdiction of the arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz)*

Art. 19 (1) of the Arbitration Law sets forth *Kompetenz-Kompetenz* principle according to which the arbitral tribunal itself has the right to decide on its own jurisdiction. The arbitral tribunal may also rule on any objections related to the existence and (or) validity of the arbitration agreement.

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

Any competent natural person may be appointed as arbitrator, unless otherwise agreed by the parties. In all cases the person's consent to act as an arbitrator is required (art. 14 (1) of the Arbitration Law).

Persons who are prohibited by Lithuanian law from engaging in other paid employment relationships may not practice as arbitrators on a permanent basis and cannot be paid for arbitrator's services. This rule is not applicable to attorneys and their assistants (art. 14 (2) of the Arbitration Law). However, as judges are prohibited by law from engaging in other remunerated employment relations, a judge cannot be appointed as an arbitrator in Lithuania, unless the judge agrees to act as an arbitrator on a *pro bono* basis.

Foreigners may also be appointed as arbitrators in Lithuania, since, according to art. 14 (1) of the Arbitration Law, any competent natural person may, irrespective of nationality, be appointed as arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

2. Constitution of the arbitral tribunal

The parties are free to determine the number of arbitrators, except for the requirement that in all cases the number of arbitrators must be uneven (art. 13 of the Arbitration Law). Failing determination by the parties, the number of arbitrators shall be three.

Under art. 14 (3) of the Arbitration Law, the parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators. Failing such agreement, procedure depends on a number of members of the arbitral tribunal, *i.e.*, in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator while in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the chairman of the arbitral institution.

If a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the chairman of the arbitral institution.

3. Independence and impartiality of arbitrators

The Arbitration Law enshrines the independence and impartiality requirements for arbitrators (art. 15). Traditional means of ensuring these requirements are, first of all, an obligation of disclosure, and, secondly, challenge procedure described in section II.B.4.

With regard to disclosure, art. 15 (1) of the Arbitration Law provides that «when a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he must reveal any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence». This obligation continues throughout the arbitral proceedings.

4. Challenge of an arbitrator

Pursuant to the Arbitration Law, an arbitrator may be challenged if certain circumstances that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, enshrined in art. 15 (2), exist. Notably, the Arbitration Law does not provide for *numerous clausus* list of such circumstances and foresees the list of examples only, *i.e.*, an arbitrator is officially or otherwise dependent on one of the parties; is a relative of one of the parties; is directly or indirectly concerned with the outcome of the case in favour of one of the parties; participated in pre-arbitral mediation procedure; there are other circumstances that give rise to justifiable doubts as to his impartiality.

Under the Arbitration Law, an arbitrator «may also be informed about challenge if he does not possess qualifications agreed to by the parties» and «a party may inform an arbitrator, appointed by him or together with the other party, about the challenge only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made» (art. 15 (3) and 15 (4) of the Arbitration Law).

The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator. Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance that gives rise to justifiable doubts as to his impartiality, send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge (art. 16 (1) and 16 (2) of the Arbitration Law).

The Arbitration Law is silent on the form and content of the challenge decision. However, it is reasonable to expect that the decision should be in writing in order to secure the possibility to appeal it.

If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure provided by the Arbitration Law is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the chairman of the arbitral institution to decide on the challenge. The decision made by the chairman of the arbitral institution shall not be subject to appeal, including appeal in the national courts.

While such a request is considered by the chairman of the arbitral institution, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings, but an award can be made only when the chairman of the arbitral tribunal finally decides on the challenge.

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

Basic rules governing the arbitral procedure are provided in the Arbitration Law. However, the majority of these rules are applicable provided that the parties have not agreed otherwise. Since the Arbitration Law does not determine any specific guidelines that have to be adhered to while determining procedural matters, parties to the dispute may thus agree on the procedural rules as long as their agreement does not contradict mandatory requirements of law. Therefore, the parties may jointly give instructions to the arbitral tribunal on procedural matters.

Notably, special regulations (rules) of arbitral proceedings —special codes of rules to be followed in commercial dispute resolution— are significant sources of law governing the arbitral procedure. For example, the Vilnius Court of Commercial Arbitration follows its own arbitration rules, which are applicable to the settling of commercial disputes irrespective of the national or international character of arbitration.

2. Right to be heard and right to equal treatment

According to the Arbitration Law, the arbitral tribunal should ensure that the parties to the dispute have equal procedural rights and that each party has an equal opportunity to present its case (art. 21 of the Arbitration Law). This requirement enshrined in the Arbitration Law could not be influenced by parties to the dispute and is treated as the mandatory and imperative one.

3. Taking of evidence

Under the Arbitration Law, the tribunal conducts the arbitration in such manner as it considers appropriate (art. 22 (2)). This includes determining the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence (art. 22 (2)).

It is worth mentioning that the evidentiary rules provided in the Code of Civil Procedure are not applicable to arbitral proceedings.

As regards separate types of evidence, three main sources of information are treated as the most important in arbitral proceedings: testimony of witnesses, experts' reports and documentary evidence.

The Arbitration Law does not regulate issues related to witnesses and their testimony in arbitral proceedings. In practice, witnesses testify, but they are usually not sworn in before their testimony. However, arbitrators do not have the power to compel witnesses to testify before the arbitral tribunal. Therefore, in such cases, when witness refuses to testify before the arbitral tribunal, the arbitral tribunal or the party, with the approval of the arbitral tribunal, may ask the court to hear a witness, as the Arbitration Law provides for court assistance in taking evidence (art. 30).

Issues concerning documentary evidence are also not covered by the Arbitration Law as no rules regarding the discovery or disclosure of documents in the arbitral proceedings are provided therein. In practice, parties agree on the procedure for production of documents or choose, for example, the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration as applicable rules or guidance in this regard.

Considering the fact that the Arbitration Law does not refer to particular evidence rules, such issues are covered by the rules of arbitration (for instance, arbitration rules of the Vilnius Court of Commercial Arbitration) in more detail.

D. Provisional measures

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures: State courts and arbitral tribunals

The Arbitration Law currently in force does not adopt the provisions of the Model Law concerning provisional measures (either in the 1986 or the amended 2006 version).

Under the Arbitration Law both national courts and arbitral tribunals are granted the right to apply provisional measures in arbitration. However, these rights vested in the court and the arbitral tribunal are far from being equal and national courts enjoy the legislator's preference regarding the application of provisional measures in arbitration. Arbitral tribunals at the time of writing are restricted to the application of the single possible provisional measure, *i.e.*, the payment of deposit to secure the claim, whereas courts have the right to apply a wide scope of provisional measures under the Code of Civil Procedure; courts have the right to apply provisional measures both before and during arbitral proceedings, whereas arbitral tribunals, as a general rule, grant provisional measures only after being constituted; parties may ask the arbitral tribunal to approach the court for granting provisional measures. Consequently, at the time of writing the mechanism provided by the Lithuanian legislator for arbitrator-granted relief is less effective than court-ordered relief.[5]

However, significant changes in this respect have already been proposed to the Parliament of the Republic of Lithuania. Following the provisions of the latest version of the Model Law together with its *travaux préparatoires*, the Draft Arbitration Law extends the scope of provisional measures which can be applied by the arbitral tribunal and foresees that the arbitral tribunal, by request of the party, is entitled to apply provisional measures in order to maintain the *status quo*, to prevent future harm or prejudice to the arbitral process, provide a mean of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied or preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

Moreover, the arbitral tribunal shall be entitled to apply provisional measures at any stages of the arbitral proceedings in a form of an order or award. It is worth mentioning as well that due to lack of certainty of application mechanisms, authors of the Draft Arbitration Law did not enshrine the institute of preliminary orders in the law in a contrast to the Model Law regulation.

---

5 Kaminskienė, N. «Application of provisional measures in international arbitration: the Lithuanian approach». In *Jurisprudence*, 2010, pp. 243-260 at p. 251.

Since application of provisional measures will be regulated in much more detail after amendments to the Arbitration Law come into force, sections below, related to conditions for ordering provisional measures, type, challenge and appeal against it, are based not on the provisions currently in force but on prospective legal regulation.

2. Conditions for ordering provisional measures

The Draft Arbitration Law, in its art. 21, provides for conditions for ordering provisional measures in case they are ordered by the arbitral tribunal and foresees that «a party requesting an provisional measures shall provide evidence that impossibility of enforcement of future arbitral award or harm to due arbitral process is likely to result if the measure is not ordered. Arbitral tribunal, when granting provisional measures, takes into consideration equality of the parties and proportionality of the requested measures».

The Draft Arbitration Law does not eliminate a possibility for the party to resort to court with a request to apply provisional measures since art. 27 of it contains a clear rule that «Resorting to courts with a request to apply provisional measures before or after commencement of arbitral proceedings and court order on this matter is not incompatible with an arbitration agreement». Moreover, a party may apply to national courts irrespective of the place of arbitration.

When provisional measures are applied by national courts, provisions of the Code of Civil Procedure are to be followed. On 1 October 2011 amendments of the Code of Civil Procedure modifying conditions for ordering provisional measures come into force. Starting from 1 October 2011 a party requesting provisional measures is not only obliged to satisfy the court that difficulty or impossibility of enforcement of future arbitral award is likely to result if measures are not ordered but that a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim exists as well (art. 144 (1) of the Code of Civil Procedure). It is well established by the national case law as well that principles of proportionality, equality of the parties' rights and cost-effectiveness play a major role when applying provisional measures.

3. Type of provisional measures

The Draft Arbitration Law, when comes into force, will entitle the arbitral tribunal to apply any kind of provisional measures which it considers appropriate in order to achieve the above stated goals related to maintaining the *status quo*, preventing future harm or prejudice to the arbitral process, providing means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied or preserving evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

The Code of Civil Procedure provides for the sample list of provisional measures which can be granted by the court, including, *inter alia*, arrest or detention of movable or immovable property, prohibition to take particular actions or to take part in certain transactions, *etc*., however, the list is not exhaustive and the court may order any other measure which it considers appropriate.

To conclude, both the arbitral tribunal and the court may order any type of provisional measures if the above stated conditions for applying these measures are satisfied.

4. Challenge and appeal against provisional measures

The Draft Arbitration Law is silent on challenge or appeal provisions against provisional measures granted by the arbitral tribunal. However, since it is not a final decision on the merits of the case, it is reasonable to believe that such decision of the arbitral tribunal is not subject to challenge in accordance to general challenge provisions enshrined in the Arbitration Law. Authors believe that instead of challenge procedure a party may request the arbitral tribunal to reconsider such order.

Completely different outcome appears when provisional measures are granted by the court instead of the arbitral tribunal as such court order generally is subject to appeal following provisions of art. 151 of the Code of Civil Procedure.

5. Enforcement of provisional measures

When provisional measures are granted by the national court (irrespective of the place of arbitration and nationality of the parties), such measures are enforced immediately after the issuance of the ruling. The enforcement of provisional measures is performed by bailiffs under the rules specified in the Code of Civil Procedure.

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by the arbitral tribunal seating in Lithuania

The Draft Arbitration Law leaves no room for any difficulties with regard to enforcement of orders to apply provisional measures issued by the arbitral tribunal since its art. 26 states *expressis verbis* that «Award or order of the arbitral tribunal containing final decision on the application of provisional measures is subject to enforcement». A party may resort to any national court with request to issue a writ of execution on the ground of the decision of the arbitral tribunal which is enforceable under the general rules specified in the Code of Civil Procedure.

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

Foreign arbitral awards concerning application of provisional measures may be enforced in Lithuania if they are recognised and allowed for enforcement according to the rules applicable to recognition and enforcement of foreign arbitral awards on the merits of the dispute.

b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

Art. 817 of the Code of Civil Procedure provides that «Lithuanian courts may recognise and enforce foreign court rulings concerning application of provisional measures. Rulings referred to in this article shall be recognised and enforced in the Republic of Lithuania in the same procedure as judgments of foreign courts (arbitration tribunals) and exclusively in the case if the interested party has been duly informed on the venue and time of the hearing».

The above stated provision means that ruling of the foreign state court with regard to application of provisional measures may be enforced in the Republic of Lithuania only after it is recognized by the Lithuanian Court of Appeals which is authorised to recognise all judgements of foreign courts. Judgments of foreign courts shall be recognised on the basis of international treaties and only in case of absence of the international treaty, recognition of such foreign judgment is performed following the procedure provided in the Code of Civil Procedure (art. 810 of the Code of Civil Procedure).

General grounds for non-recognition of foreign judgements are the following (art. 810 of the Code of Civil Procedure): 1) the judgment is not *res judicata* under laws of the country where the judgment was passed; 2) the proceedings are attributed to the exclusive authority of courts of the Republic of Lithuania or a third country in accordance with provisions of the law of the Republic of Lithuania or international treaty; 3) a party absent in the proceedings was not duly informed about institution of civil proceedings and was not provided with opportunity to exercise procedural remedies or proper representation (if the party was legally incapable) during the proceedings either; 4) the judgment of a foreign court which recognition is requested is incompatible with a judgment passed by a court of the Republic of Lithuania in the proceedings between the same parties; 5) the judgment is against the public order stipulated in the Constitution of the Republic of Lithuania; 6) with passing the judgment, a court of a foreign country resolved matters on legal capacity, legal representation, family property or inheritance legal relations of a citizen of the Republic of Lithuania, and this is against the international private law of the Republic

of Lithuania, except for cases when Lithuanian courts would have passed the same judgment in the proceedings.

E. Law governing the merits of the case

1. Choice of law by the parties

Under the Arbitration Law, parties to the dispute are free to determine the law applicable to their dispute. Any designation of the law or legal system of a state is considered to be a direct referral to the substantive law of that state (unless otherwise indicated) and not to its conflict of law rules.

The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or *as amiable compositeur* only if the parties have expressly authorised it to do so. However, to the best of the authors' knowledge, it is very rare in practice for the tribunal to decide on this basis.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

The Arbitration Law currently in force makes a difference between situations when the arbitral tribunal is to determine applicable law in domestic and international arbitration.

In a domestic commercial arbitration where the parties have not agreed on the applicable law, the arbitral tribunal shall apply the law of the Republic of Lithuania. Failing such designation by the parties in an international commercial arbitration, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflicting legal norms which it considers applicable. Again, the arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or *as amiable compositeur* only if the parties have expressly authorised it to do so.

The Draft Arbitration Law, however, does make a distinction between domestic and commercial arbitration and, in case of absence of the designation of applicable law by the parties the arbitral tribunal shall apply the law which it considers appropriate, including *lex mercatoria*. In addition, the rule that the arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or *as amiable compositeur* only if the parties have expressly authorised it to do so finds its place in the Draft Arbitration Law as well (art. 39 of the Draft Arbitration Law).

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

As already stated above, following the provisions of the Arbitration Law currently in force, a few categories of disputes may not be submitted to arbitration. In particu-

lar, disputes arising from constitutional, employment, family, administrative legal relations, as well as disputes related to competition, patents, trademarks and service marks and disputes arising from contracts concluded by consumers may not be submitted to arbitration.

The Draft Arbitration Law limits the list of non-arbitrable disputes and foresees general rule that all disputes are subject to arbitration with an exceptions provided by law. Art. 12 (2) of it enshrines that a dispute may not be referred to arbitration if it falls under the competence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania or it has to be solved following administrative proceedings. The said article excludes as well disputes arising out of family legal relations or registration of patents, trademarks and design. Disputes arising from labour and consumers contracts may be subject to arbitration provided that arbitration agreement is concluded after the particular dispute arises. Moreover, a possibility to arbitrate disputes related to compensation of damages suffered as a result of a breach of the competition law rules is set forth in the Draft Arbitration Law, which, as already stated above, is expected to be implemented till 2012.

F. The award

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award

The procedure for challenging an arbitral award is provided in the Arbitration Law. A party who wish to challenge an award may submit an application for setting aside of the award to the Lithuanian Court of Appeals.

a. Grounds for challenging awards

Pursuant to art. 37 (3) of the Arbitration Law, an arbitral award may be set aside by the Lithuanian Court of Appeals if the party submitting the application, proves one of the grounds from the following exhaustive list, *i.e.*, proves that:

- The party to the arbitration agreement was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the laws to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the laws of the country where the arbitral award was made;
- The party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings, or was unable to present its case for other valid reasons;

- The award deals with the dispute not contemplated by or not falling within the terms of submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration;

- The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement between the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of the Arbitration Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with the Arbitration Law.

In addition, under art. 37 (5) of the Arbitration Law, an arbitral award may be set aside by the Lithuanian Court of Appeals *ex officio* if the court finds that the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the laws of the Republic of Lithuania or the arbitral award is in conflict with the public policy of the Republic of Lithuania.

It should be also mentioned, that if any parts of the arbitral award on the matters falling within the scope of the arbitration agreement may be separated from those outside the arbitration agreement, only those parts of the award which contain the provisions on the matters falling within the scope of the arbitration agreement may be set aside (art. 37 (4)).

b. Proceedings

Application for challenging an arbitral award is subject to a stamp duty amounting to 1 000 LTL (which approximately amounts to 290 EUR).

Under the Arbitration Law, the Lithuanian Court of Appeals shall refuse to accept an application for challenging an arbitral award after the lapse of three months from the date on which the arbitral award was rendered (art. 37 (6)). It is noteworthy that the Draft Arbitration Law cuts this timeframe to one month from the date on which the arbitral award was rendered.

As regards the suspension of enforcement, it is indicated in the Arbitration Law, that the Lithuanian Court of Appeals, after having accepted an application for setting aside of an arbitral award, may suspend the enforcement of the award at the request of a party (art. 37 (2)). However, the Arbitration Law does not specify any conditions for suspension. In addition, Lithuanian courts practice establishes that the ruling of the Lithuanian Court of Appeals regarding setting aside of the arbitral award may be appealed to the Supreme Court of Lithuania (although the practice is not very rich on this issue).

The Lithuanian Court of Appeals may, if so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a definite time period in order to enable the arbitral tribunal to resume the arbitral proceedings or take such other action as in the opinion of the Lithuanian Court of Appeals would eliminate the grounds for setting aside the arbitral award (art. 37 (7)). Notably, the court may remit the case to the arbitral tribunal only upon the request of a party.

It should be mentioned, that the Arbitration Law establishes the general rule that if a party, knowing that any provision of the Arbitration Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with, still participated in the arbitral proceedings without submitting any objections, such party is deemed to have waived its right to object (art. 6). Unfortunately, it is not clearly established, whether under this provision a party may waive its right to apply for setting aside an arbitral award on one or another ground and there is still no court precedent on this point.

2. Revision of the award

In Lithuania there is no second arbitral instance where arbitral awards can be appealed on material grounds. Under the Arbitration Law, arbitral awards may not be reviewed on the merits.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Foreign court judgments may be enforced in Lithuania only after they are recognised and allowed to be enforced by the Court of Appeals of Lithuania.

Since Lithuania is a party to the New York Convention, which entered into force in Lithuania on 12 June 1995, an arbitral award rendered in any state that is a party to the New York Convention is recognized and enforced in Lithuania under the provisions of the New York Convention and art. 39 to 40 of the Arbitration Law.

A party applying for recognition and enforcement of a foreign arbitral award must have a legal interest (art. 811 (1) of the Code of Civil Procedure) and submit to the Lithuanian Court of Appeals:

- The foreign arbitral award sought for recognition in Lithuania (original or a duly certified copy) and an appropriate, legitimate translation of it into the Lithuanian language;

- The document, confirming that the foreign arbitral award is effective and an appropriate, legitimate translation of this document into the Lithuanian language;
- Evidence that the party who was absent from the proceedings was duly notified about the time and the venue of the foreign arbitral proceedings and an appropriate, legitimate translation of this document into the Lithuanian language;
- An authentic arbitration agreement or arbitration clause (original or a duly certified copy) and an appropriate, legitimate translation of this document into the Lithuanian language;
- Copies of the application and its annexed documents to each of the interested parties, excluding the applicant;
- Application and other annexed documents translated into the English language or any other one if the interested persons do not know the Lithuanian language.

Pursuant to art. 811 (3) of the Code of Civil Procedure, no stamp duty is charged for applications for recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

According to art. 40 (1) of the Arbitration Law, the Lithuanian Court of Appeals may refuse to recognise a foreign arbitral award irrespective of a state where it was rendered if the party interested in non-recognition of the foreign arbitral award proves the existence of at least one of the following circumstances:

- Parties to the arbitration agreement were under incapacity or limited capacity at the moment of entering into it or the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; and/or
- The party against whom the foreign arbitral award is invoked was not duly notified of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings, or was otherwise unable to present explanations in the case; and/or
- The foreign arbitral award was passed on the dispute outside the scope of the arbitral agreement; and/or
- The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or in the absence of the agreement regarding the mentioned aspects, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; and/or

- The award has not yet become binding to the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

In addition, the Lithuanian Court of Appeals shall refuse recognition and enforcement under art. 40 (2) of the Arbitration Law if it finds that the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the laws of the Republic of Lithuania or the recognition and enforcement of the award is contrary to the public policy of the Republic of Lithuania.

Notably, in the case *Apatit Fertilizers S.A. vs. AB Lifosa*,[6] the Supreme Court of Lithuania emphasized that the principle of public policy has to be understood as the fundamental interests of the State and individuals. Furthermore, the court emphasized that in such cases public policy has to be given an international and not a domestic dimension. Moreover, it is established in Lithuanian court practice that courts may refuse to recognize and enforce an arbitral award if recognition and enforcement of the latter would contravene the constitutional principles that are recognized internationally or if an arbitral award obliges the parties to breach imperative norms and principles of due process of the Republic of Lithuania.[7]

Upon recognition by Lithuanian court, a foreign arbitral award has the same status as national judgment and is enforced in the manner prescribed by the Code of Civil Procedure (art. 39 (3) of the Arbitration Law; art. 773 to 779 and 813 to 815 of the Code of Civil Procedure).

Under art. 812 of the Code of Civil Procedure, the application regarding the recognition and enforcement of the foreign arbitral award is analysed by one judge of the Lithuanian Court of Appeals or, if the case is complex, the panel of three judges of the Lithuanian Court of Appeals. The application is analysed in a written hearing, however, considering circumstances of the case, the court may decide to examine the application in oral hearing.

The decision regarding the recognition and enforcement of the foreign arbitral award is effective on the day when rendered. Within the period of three months an appeal may be lodged against such decision to the Supreme Court of Lithuania under the rules of cassation process. The proceedings in the case can also be renewed.

---

6 The ruling of the Supreme Court of Lithuania in the case n.° 3K-3-145. *Apatit Fertilizers S.A. vs. AB Lifosa,* dated 21 January 2002.

7 The ruling of the Supreme Court of Lithuania in the case n.° 3K-3-161/2008, dated 12 March 2008.

Notably, the Lithuanian Court of Appeals may suspend the case concerning recognition and enforcement of the foreign arbitral award if that award has been appealed against under the regular forms of control of the arbitral awards in that country, where it was granted, or the period to lodge an appeal has not expired yet. Moreover, according to the Lithuanian courts practice, the court may suspend proceedings on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, applying general rules of the Code of Civil Procedure regarding the suspension of the proceedings.[8] One of the most often applied ground for suspension appears when examination of a case on recognition and enforcement of a foreign arbitral award is impossible until another civil, criminal or administrative case has been examined (art. 163 of the Code of Civil Procedure).

With regard to the question whether Lithuania will apply the rules of the New York Convention in respect of arbitral awards made in the territories of non-contracting states, it is worth mentioning that in ratifying the New York Convention, Lithuania made the reservation that in such cases Lithuania will apply the rules of the New York Convention only on the basis of reciprocity.

V. Conclusion

Since Lithuanian courts follow comparatively strong pro-arbitration tradition and significant amendments to the Arbitration Law, taking into account the latest version of the Model Law, practise of the international commercial arbitration and the most successful experience of foreign countries in the field of international commercial arbitration, are to be implemented in the nearest future, authors believe that Lithuania shall stand as one of the leaders in the list of the most arbitration friendly countries.

[8] The ruling of the Supreme Court of Lithuania in the case n.° 3K-7-55216. *AS «Parekss Banka» vs. UAB «Parex lizingas»,* dated 16 December 2004.

Publication of the Law: Official Gazette Valstybės žinios, 1996, No 39-961
Unofficial text of the Law

THE REPUBLIC OF LITHUANIA LAW ON COMMERCIAL ARBITRATION

2 April 1996 No I-1274
Vilnius

New wording of the Law from 30-06-2012:
No XI-2089, 21-06-2012, Official Gazette Valstybės žinios, 2012, No 76-3932 (30-06-2012)

CHAPTER I
GENERAL PROVISIONS

Article 1. Purpose of the Law

This Law regulates arbitral examination taking place in the Republic of Lithuania, establishes the requirements for the form and content of the arbitration agreement, the composition and competence of the arbitral tribunal, the application of interim measures and making of preliminary rulings and arbitral awards and closing a case without making an award on its merits, the procedure for setting aside arbitral awards, the procedure for recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the territory of the Republic of Lithuania, and also regulates other issues pertaining to arbitration.

Article 2. Scope of the Law

1. This Law shall apply to arbitration, if the place of arbitration is in the territory of the Republic of Lithuania, irrespective of the citizenship or nationality of the parties to the dispute, as well as irrespective of whether the parties to the dispute

are natural or legal entities and whether the arbitration procedure is organised by a permanent arbitral institution or *ad hoc* arbitration is held.

2. The provisions of this Law regulating judicial recognition of an arbitration agreement, disputing such agreement, judicial application of interim measures and recognition and enforcement of foreign arbitral awards, shall be applied irrespective of the arbitration place or where separate arbitration procedural actions are carried out.

Article 3. Main terms of the Law

1. ***Ad hoc* arbitration** means arbitration where, according to the agreement of the parties, the dispute resolution procedure is not organised by the permanent arbitral institution.

2. **Arbitrator** means a natural person appointed, either by a party to the dispute or by agreement of the parties to the dispute or according to the procedure established by this Law, to resolve the dispute.

3. **Place of arbitral examination** means a place where hearings of the arbitral tribunal are held and other actions of examination of a commercial dispute are carried out.

4. **Arbitral examination** means commercial arbitration procedure from the commencement of examination of the dispute in arbitration until the day of coming into effect of the arbitral award or ruling closing the case without making an award on its merits.

5. **Arbitration agreement** means agreement by two or more parties to refer to the arbitral tribunal all or certain disputes arising or which are likely to arise between them in respect of any particular contractual or other legal relationships that may be the subject matter of the arbitral examination. A state, municipality and other public legal entities may also conclude an arbitration agreement.

6. **Regulations of arbitral procedure** means the rules approved by the permanent arbitral institution standing as a basis in examining and resolving disputes in arbitration.

7. **Arbitral tribunal** means an arbitrator or panel of arbitrators handling the arbitration case.

8. **Arbitration place** means the arbitration place indicated in the arbitration agreement or determined by the arbitral tribunal. If the parties have not agreed on the arbitration place or the parties' agreement regarding the arbitration place

is not clear and as long as the arbitration place has not been determined by the arbitral tribunal, the arbitration place shall be deemed the office of the permanent arbitral institution; in the case of *ad hoc* arbitration, the residential place or office of the respondent, and in the case of several respondents, the residential place or office of one of the respondents at the claimant's choice. The arbitration place may be different than the place of arbitral examination.

9. **Institutional arbitration** means arbitration, where upon agreement of the parties dispute resolution is organised and administered, conditions are created for arbitral examination and other powers granted under agreement of the parties are exercised by the permanent arbitral institution.

10. **Commercial arbitration** (hereinafter – **arbitration**) means a mode of resolving a commercial dispute where natural persons or legal entities agree to refer or undertake to refer their dispute not to the court, but to the arbitrator (arbitrators) appointed by their agreement or according to the procedure established by this Law (irrespective of whether the arbitration procedure is organised by the permanent arbitral institution (institutional arbitration) or *ad hoc* arbitration is held) who make the arbitral award which is binding upon the parties to the dispute.

11. **Commercial dispute** means any controversy between the parties over issues of fact and/or law arising out of contractual or non-contractual legal relationships, including but not limited to, supply of goods or provision of services, distribution, commercial agency, factoring, lease, contracting, consulting, engineering services, licencing, investing, financing, banking activity, insurance, concession, creation and carrying out of joint venture and any other industrial or business cooperation, compensation of damage caused through violation of rules of the competition law, agreements concluded based on public procurement, transportation of goods or passengers by air, sea and land.

12. **Permanent arbitral institution** means a public legal entity organising and administering arbitration on an ongoing basis.

13. **Chairman of a permanent arbitral institution** means a natural person appointed according to the procedure established by the incorporation documents of the permanent arbitral institution to organise the activities of this institution and discharge the administration functions of this institution and the functions attributed to him by this Law.

14. **Court** means any institution or organisation being a part of the judicial system of the state.

15. **Foreign arbitral award** means an arbitral award made in an arbitration case where the arbitration place is outside the Republic of Lithuania.

Article 4. Interpretation and terms of the Law

1. In all cases where this Law gives the parties to the dispute the freedom to decide on certain issues, except for the right to select the substantive law applicable to dispute resolution, the parties to the dispute may decide themselves on this issue or appoint any third party or institution to make a decision.

2. The parties to the dispute shall have the right upon their mutual agreement to deviate from all rules of this Law, except for the imperative rules.

3. The agreement of the parties regarding examination of the dispute in arbitration shall also cover application of the provisions of any regulations of arbitral procedure indicated in the above agreement.

4. The provisions of this Law regarding the claim or answer to the claim shall also be applied *mutatis mutandis* to the counterclaim or answer to the counterclaim.

5. The interpretation of this Law and the terms used in it should be subject in a subsidiary manner to the 1985 Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law regarding international commercial arbitration, with subsequent amendments and supplements.

6. The issues governed by this Law, but not regulated in detail shall be dealt with in accordance with the principles of justice, reasonableness, good faith and other general principles of law.

7. This Law shall be interpreted to ensure the maximum compliance of the arbitration procedure taking place according to this Law with the arbitration principles.

Article 5. Permanent arbitral institution

1. Associations of the Republic of Lithuania representing production, business and legal activity undertakings of the Republic of Lithuania may establish independent limited civil liability legal entities having the legal form of a permanent arbitral institution. The main function of a permanent arbitral institution is to organise and administer arbitration, discharge other functions conferred by the parties to the dispute and related to the activity of the permanent arbitral institution.

2. The issues of establishment and management, representation and liability of the permanent arbitral institutions stipulated in paragraph 1 of this article shall be solved according to the procedure established by laws. The statute of the permanent arbitral institution prepared and approved by the founders of the per-

manent arbitral institution shall be registered with the Register of Legal Entities according to the procedure established by legal acts.

3. The permanent arbitral institution shall be prohibited from resolving disputes by arbitration or exert any influence on the arbitral examination, arbitral tribunal or arbitrators, except for giving advice to the arbitral tribunal regarding the form of an arbitral award. During arbitral examination, the permanent arbitral institution shall only have the rights that were granted to it upon agreement of the parties to the dispute. The permanent arbitral institution may not refuse to fulfil its functions, if it has announced its activities in public and the parties to the arbitral examination pay the permanent arbitral institution the charges established by such permanent arbitral institution.

4. The permanent arbitral institution shall approve the regulations of arbitral procedure. The regulations of arbitral procedure approved by the permanent arbitral institution shall be legally binding upon the parties only where the parties have decided to apply them under their arbitration agreement.

5. The permanent arbitral institution shall be headed by its chairman. The chairman of the permanent arbitral institution shall discharge the functions determined in this Law and attributed to him by the permanent arbitral institution.

Article 6. Receipt of written notifications

Un less the parties have agreed otherwise, it shall be deemed that:

1) Any written notification has been received, if it is delivered to the addressee personally, to its office, place of residence or to the indicated postal address or by electronic communications terminal equipment. If, after an information search, it is impossible to identify any such locations, a written notification shall be deemed to have been received by the addressee when such notification is delivered by registered mail or any other means witnessing the sending of the notification by the sender, to the last known office, residential place or postal address or by the electronic communications terminal equipment of the addressee;

2) The notification is received on the day on which it is handed in or delivered according to item 1 of this article.

Article 7. Waiver of the right to objection

1. If a party to the dispute being aware of its infringed right proceeds with participation in the arbitral examination procedure and fails to express its dissent as to such infringement within a reasonable time, such party shall be deemed to have waived its right to objection.

2. The rule established in paragraph 1 of this article shall also be applied to claims regarding recognition of the arbitration agreement as invalid, its cancellation, and recognition and enforcement of the arbitral award.

Article 8. Principles of arbitration procedure

1. The arbitral tribunal, permanent arbitral institution and its chairman shall be independent while resolving the issues regulated in this Law.

2. Courts may not interfere with the activity of the arbitral tribunal, permanent arbitral institution and its chairman, except for cases stipulated in this Law.

3. The arbitration procedure shall be confidential.

4. The parties to arbitration shall have equal procedural rights.

5. The parties to arbitration shall have the right to freely dispose of their rights.

6. The arbitration procedure shall take place in compliance with the principle of autonomy of the parties, adversarial principle, principles of economy, cooperation and expedition.

Article 9. Court's assistance in the arbitration procedure

1. he arbitration agreement shall not prevent the party or parties or in the cases established by this Law the arbitral tribunal, from applying to:

1) Vilnius District Court regarding performance of the actions indicated in Articles 14, 16, 17, 25, 27, 36 and 38 of this Law;

2) The Court of Appeals of Lithuania regarding performance of the actions indicated in Articles 26, 50 and 51 of this Law.

CHAPTER II
ARBITRATION AGREEMENT

Article 10. Form of an arbitration agreement

1. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate contract concluded by the parties.

2. The arbitration agreement shall be concluded in writing and shall be considered to be valid if:

1) Executed as a joint document signed by the parties; or

2) Concluded in an exchange by the parties of letters (which may be sent by electronic communications terminal equipment, provided that the integrity and authenticity of the information being transmitted is ensured) or other documents recording the fact of conclusion of such agreement; or

3) Concluded through electronic communications terminal equipment, provided that the integrity and authenticity of the information being transmitted is ensured and the information contained therein can be accessed for further use; or

4) The parties exchange a claim and an answer to the claim where one of the parties asserts, while the other party does not deny, that they have concluded the arbitration agreement; or

5) There is other written evidence to the effect that the parties have concluded or recognise the arbitration agreement.

3. The reference in a contract concluded by the parties to a document containing an arbitration clause shall constitute an arbitration agreement, provided that the contract or the document meets the requirements of form established in paragraph 2 of this article.

Article 11. Judicial recognition of the arbitration agreement

1. Having received a claim regarding a matter in respect of which the parties have concluded an arbitration agreement in the form established in Article 10 of this Law, the court shall reject the claim. If the fact of conclusion of the arbitration agreement transpires after the court has admitted the claim, the court shall not proceed with the case regarding the matter in respect of which the arbitration agreement was concluded.

2. The arbitration agreement may be recognised as invalid in judicial procedure upon request of one of the parties under the general grounds of recognising transactions as invalid or upon finding violation of the requirements of Articles 10 and 12 of this Law. Upon starting the arbitral examination, the issue of invalidity of the arbitration agreement shall be solved only according to the procedure established in Article 19 of this Law.

3. The court shall stay the case if hearing of the case may not proceed pending the disposition of the arbitration case.

Article 12. Disputes not to be referred to arbitration

1. All disputes may be resolved in arbitration, except for cases stipulated in this

2. Arbitration may not resolve disputes which should be heard under administrative proceedings or hear cases, the examination of which falls within the competence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Disputes arising from family legal relationships and disputes regarding registration of patents, trademarks and design may not be referred to arbitration. Disputes arising from employment and consumption contracts, except for cases where the arbitration agreement was concluded after the dispute arose may not be referred to arbitration.

3. Disputes to which a state or municipal enterprise or an institution or organisation, except for the Bank of Lithuania is a party to, may not be referred to arbitration, unless the prior consent of the founder of such enterprise, institution or organisation regarding the arbitration agreement has been obtained.

4. The Government of the Republic of Lithuania (hereinafter – the Government) or its authorised state institution may conclude an arbitration agreement in respect of disputes relating to commercial contracts concluded by the Government or its authorised state institution under the general procedure.

CHAPTER III
COMPOSITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

Article 13. Number of arbitrators

1. The parties may determine the number of arbitrators. The number of arbitrators shall be uneven. An arbitral award made by an arbitral tribunal consisting of an even number of arbitrators shall not render such an award invalid.

2. Failing such determination, three arbitrators shall be appointed.

Article 14. Appointment of arbitrators

1. Any legally capable natural person may be appointed an arbitrator, unless the parties agree otherwise. In all cases the written consent of a person willing to act as an arbitrator shall be required.

2. The parties may agree at their discretion regarding the procedure for appointment of an arbitrator or arbitrators in compliance with the requirements of paragraphs 5 and 6 of this article.

3. Unless the parties agree otherwise, then:

   1) Where the arbitral tribunal is to consist of three arbitrators, each of the parties shall appoint one arbitrator, and these two arbitrators shall appoint the third arbitrator – the chairman of the arbitral tribunal;

   2) Where the arbitral tribunal is to consist of one arbitrator and the parties cannot agree regarding such appointment, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint an arbitrator at the request of any of the parties;

   3) Where the claimant stating its claim fails to appoint an arbitrator within 20 days following the day of stating the claim, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the term for the claimant to appoint an arbitrator;

   4) Where the respondent fails to appoint an arbitrator within 20 days following the day of receipt of the claim, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the term for the respondent to appoint an arbitrator;

   5) Where the arbitrators appointed by the parties fail to agree on the appointment of the third arbitrator within 20 days following their appointment, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint this arbitrator within 20 days following the expiration of the term for the arbitrators to appoint the third arbitrator;

   6) In case of *ad hoc* arbitration, if the party fails to appoint an arbitrator, Vilnius District Court shall appoint an arbitrator, and if the arbitrators appointed by the parties fail to agree on appointment of the chairman of the arbitral tribunal within 20 days following their appointment, Vilnius District Court shall appoint the chairman of the *ad hoc* arbitral tribunal within 20 days following the expiration of the term for the party to appoint an arbitrator or for the arbitrators to appoint the chairman of the arbitral tribunal.

4. If upon agreement by the parties regarding the procedure for appointment of arbitrators, one of the parties fails to comply with this agreement, the arbitral tribunal shall be composed according to the procedure established in paragraph 3 of this article.

5. Where two or more claimants are involved in arbitration (procedural cooperation), while submitting their claim to the arbitral tribunal co-claimants shall present a written agreement regarding appointment of a joint arbitrator. If while submitting their claim the co- claimants have failed to present a written agreement regarding appointment of a joint arbitrator to the arbitral tribunal, the co-claimants shall present such agreement to the arbitral tribunal within 20 days following the day of submitting the claim to the arbitral tribunal. Should the co-claimants fail to appoint an arbitrator within this term, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the above term. In the case of *ad hoc* arbitration, should the co-claimants fail to appoint an arbitrator within the set term, Vilnius District Court shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the above term.

6. Where two or more respondents are involved in arbitration (procedural cooperation), the co-respondents shall present a written agreement regarding appointment of a joint arbitrator. The written agreement shall be presented to the arbitral tribunal within 20 days following the day of receipt of a request of the claimant or the co-claimants to appoint an arbitrator. Should the co-respondents fail to appoint an arbitrator within this term, the chairman of the permanent arbitral institution shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the above term. In case of *ad hoc* arbitration, should the co- respondents fail to appoint an arbitrator within the set term, Vilnius District Court shall appoint an arbitrator within 20 days following the expiration of the above term.

7. While appointing an arbitrator (arbitrators), the chairman of the permanent arbitral institution or Vilnius District Court shall take into consideration the essence of the dispute, the requirements for the arbitrator as agreed by the parties, as well as the circumstances ensuring the independence and impartiality of the arbitrator (arbitrators).

8. Decisions made by the chairman of the permanent arbitral institution falling within his competence in the cases stipulated in this article, as well as rulings made by Vilnius District Court falling within its competence in the cases stipulated in this article, shall be final and not subject to appeal.

Article 15. Grounds for challenging an arbitrator

1. A person approached in connection with his/her possible appointment as an arbitrator shall, prior to giving his/her consent to act as an arbitrator and taking into consideration Article 6 of this Law, notify in writing the parties, the permanent arbitral institution, Vilnius District Court (or other entity when the parties' agreement or the arbitration rules chosen by the parties obligate to do

so) on all circumstances likely to give rise to reasonable doubts as to his/her independence or impartiality. The arbitrator shall also notify the existence of such circumstances after his/her appointment or during the arbitral examination, if he/she has not done so before or the circumstances have occurred after his/her appointment or during the arbitral examination.

2. An arbitrator may be challenged only where there are reasonable doubts as to his independence or impartiality or when he has no qualification as agreed by the parties.

3. A party may inform the arbitrator appointed by it or together with the other party about the challenge only for circumstances of which the party becomes aware after the appointment has been made.

Article 16. Procedure for challenging an arbitrator

1. The parties may agree on challenging the arbitrator, appealing against the decision on challenging the arbitrator and other matters pertaining to the procedure for challenging the arbitrator.

2. In the absence of agreement regarding the procedure for challenging the arbitrator, a party intending to challenge the arbitrator shall notify the arbitral tribunal in writing on the reasons for challenging within 15 days after it has become aware of the composition of the arbitral tribunal or the circumstances indicated in Article 15.2 of this Law. Unless the arbitrator subject to challenge resigns from his office or the other party agrees to the challenge, the remaining arbitrators of the arbitral tribunal shall decide this issue of challenging the arbitrator. If the arbitral tribunal consists of one arbitrator or all arbitrators of the arbitral tribunal are challenged, the arbitrator himself/herself (the arbitrators themselves) shall decide on the issue of challenge.

3. If the challenge is rejected according to the procedure established in paragraph 2 of this article, the challenging parting may, within 20 days after having received the notice on rejection of the challenge, request Vilnius District Court to make a ruling on challenging the arbitrator. The ruling made by Vilnius District Court on this matter shall be final and not subject to appeal. While the party's request regarding challenging the arbitrator is being considered by Vilnius District Court, the arbitral tribunal, including the arbitrator subject to challenge, may proceed with the arbitral examination and make an arbitral award.

Article 17. Termination of the arbitrator's mandate

1. If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or delays performing his functions without any valid reasons, he shall resign his office. The arbitrator's mandate shall terminate if he resigns or the parties agree

on his removal from the office. If the arbitrator fails to perform his duty to resign or the parties fail to agree on his removal from office, any of the parties may apply to the chairman of the permanent arbitral institution regarding resolution of the respective issue. In such case, the decision of the chairman of the permanent arbitral institution shall be final and not subject to appeal. In the ruling of this court shall be final and not subject to appeal.

2. Termination of the arbitrator's mandate shall not constitute recognition of any of the grounds stipulated in this article or Article 15.

Article 18. Appointment of a substitute arbitrator

1. Where the mandate of an arbitrator terminates according to Articles 15 or 17 of this Law or the arbitrator resigns from office due to other reasons or the arbitrator's mandate terminates on other grounds, a substitute arbitrator shall be appointed according to the same procedure that was applicable to the appointment of the arbitrator whose mandate terminated.

2. Upon appointment of a substitute arbitrator, the case shall be reheard, unless the parties agree otherwise.

CHAPTER IV
COMPETENCE OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

Article 19. Right to make a decision on the competence to examine a dispute

1. The arbitral tribunal shall have the right to make a decision on its competence to examine the dispute, including cases where doubts arise in respect of the existence of an arbitration agreement or its validity. To this end, the arbitration clause, which forms a part of the contract, shall be treated as an agreement not contingent on the other conditions of the contract. The decision of the arbitral tribunal regarding recognition of the contract as invalid, shall not entail per se recognition of the arbitration clause as invalid.

2. The party's plea that the arbitral tribunal is incompetent to arbitrate shall be made not later than submission of the statement of defence. The party's participation in appointing an arbitrator shall not preclude it from raising such a plea. The plea that the arbitral tribunal is incompetent to arbitrate shall be made as soon as the matter alleged by the party to be beyond the competence of the arbitral tribunal is raised during the arbitral examination. The arbitral tribunal may

admit the plea stipulated in this paragraph later on, if it considers such delay justified.

3. The arbitral tribunal may rule on the plea indicated in paragraph 2 of this article by making a partial or final arbitral award.

CHAPTER V
INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY RULINGS

Article 20. Interim measures

1. Unless the parties have agreed otherwise, upon request of any of the parties the arbitral tribunal, having notified the other parties, may by its ruling apply interim measures aimed at ensuring the fulfilment of the party's claims and preserving the evidence.

2. Interim measures may include the following:

   1) Prohibiting the party from participating in certain transactions or performing certain actions;

   2) Obligating the party to protect the property relating to the arbitral examination, provide a deposit, bank or insurance guarantee;

   3) Obligating the party to preserve the evidence that may be relevant to the arbitral examination.

3. A party requesting the arbitral tribunal to apply the interim measures indicated in items 1 and 2 of paragraph 2 of this article shall prove that:

   1) Its claims in action are likely justified; determination of such likelihood shall not entail the right of the arbitral tribunal to make another award or ruling subsequently during the arbitration examination; considerably more difficult or impossible;

   3) Interim measures are economic and proportional to the goal to be achieved by such measures.

4. A party requesting the arbitral tribunal to apply the interim measures indicated in item 3 of paragraph 2 of this article shall prove that:

   1) The evidence requested to be preserved may be relevant to the case;

2) There is a real threat that upon failure to undertake the interim measures the evidence requested to be preserved will be destroyed or damaged by the other party thus making them unusable during the arbitral examination.

5. The arbitral tribunal may obligate the party to notify immediately on any material change of circumstances that were taken as a basis for resolving the issue regarding application of interim measures.

Article 21. Preliminary rulings

1. Unless the parties have agreed otherwise, a party may request the arbitral tribunal to apply interim measures without notice to the other party by submitting an application for a preliminary ruling obligating the respective party not to take any actions that may impede the applying of interim measures during the examination of the application for interim measures.

2. The party requesting the arbitral tribunal to make a preliminary ruling shall prove that:

   1) The notice to the other party on the application for interim measures may significantly prevent the goals of such measures from being achieved;

   2) The grounds indicated in items 1 and 3 of Article 20.3 of this Law are present.

3. The party requesting the arbitral tribunal to make a preliminary ruling shall reveal to the arbitral tribunal all the circumstances that may be relevant in examining this request. The party shall have this duty throughout the term of the preliminary ruling.

4. Upon making a preliminary ruling, the arbitral tribunal shall immediately deliver the application for interim measures, the application for a preliminary ruling, the preliminary ruling itself and any correspondence of the party applying for the preliminary ruling and the arbitral tribunal (if any) (including information about oral examination of the application for a preliminary ruling, if such examination was held) to all the parties according to the procedure established in Article 6 of this Law.

5. The arbitral tribunal shall provide the party in respect of which the preliminary ruling was made with the possibility to be heard and examine the points of defence of this party in respect of the preliminary ruling as expeditiously as possible.

6. The preliminary ruling shall be effective for 20 days following making of the ruling. During this period, the arbitral tribunal, having heard the party in respect of which the preliminary ruling is made and having examined the points of defence of this party, if any, may apply the respective interim measures.

7. The preliminary ruling shall be binding upon the parties, however, it shall not be a document subject to enforcement.

Article 22. Revising and repealing rulings on interim measures and repealing of preliminary rulings

Upon request of the party and in exclusive cases upon notifying all parties, the arbitral tribunal may on its own initiative revise, repeal the ruling on interim measures or repeal the preliminary ruling.

Article 23. Securing compensation of losses that might possibly be incurred through the application of interim measures or making of a preliminary ruling

1. The arbitral tribunal may obligate the party applying for interim measures to provide security for compensation of the other party's losses that might possibly be incurred through the application of interim measures.

2. The arbitral tribunal shall obligate the party applying for a preliminary ruling to provide security for compensation of the other party's losses that might possibly be incurred through making a preliminary ruling, unless it finds no grounds for requesting security for compensation of such losses.

Article 24. Compensation of losses that might possibly be incurred through application of interim measures or making of a preliminary ruling

1. Having applied for interim measures or a preliminary ruling, the party shall be liable for the losses incurred through application of these interim measures or making of the preliminary ruling, if it is subsequently found during the arbitral examination that the applied interim measures or the preliminary ruling are groundless.

2. Upon the party's request, the arbitral tribunal may by its final award obligate the party upon whose request the interim measures were applied to compensate the losses incurred through application of the interim measures.

Article 25. Enforcement of rulings on interim measures and grounds for refusing to issue an enforcement order

1. The ruling of the arbitral tribunal on interim measures shall be a document subject to enforcement.

2. Should the ruling of the arbitral tribunal on interim measures not be enforced, Vilnius District Court shall, upon the party's request and according to the procedure established in the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania

(hereinafter – the Code of Civil Procedure), issue an enforcement order. The application for an enforcement order shall be examined at a court hearing upon notice to the parties to the arbitral examination. Failure by the parties to appear at the hearing shall not prevent the court from deciding on the matter of issuing the enforcement order.

3. The party upon whose request Vilnius District Court issued the enforcement order for enforcing the ruling on interim measures shall immediately notify this court of any change or cancellation of the interim measures. The request for revising or cancelling the enforcement order shall be examined at a court sitting upon notifying the parties to the arbitral examination. Failure by the parties to appear at the hearing shall not prevent the court from deciding on the matter of revising or cancelling the enforcement order.

4. Vilnius District Court may refuse to issue an enforcement order only if:

   1) Insufficient data is presented for determination of the mandatory content of the enforcement order and such deficiency cannot be removed during the examination of the request for the enforcement order in the court;

   2) The party in respect of which the enforcement order is requested proves that the arbitral tribunal has not notified it properly on the examination of the matter regarding application of the interim measures thus preventing the party from presenting its own explanations;

   3) The arbitral tribunal obviously exceeded its competence in making the ruling on interim measures;

   4) The ruling of the arbitral tribunal on securing compensation of losses that might possibly be incurred through application of the interim measures has not been enforced;

   5) The arbitral tribunal has revised or cancelled the ruling on interim measures.

5. A separate complaint may be submitted against the ruling of Vilnius District Court on refusal to issue the enforcement order.

Article 26. Recognition or enforcement of foreign arbitral awards or rulings on interim measures and grounds for refusal to recognise or enforce a foreign arbitral award or ruling

1. An arbitral award or ruling on interim measures made in any other state may be recognised and enforced in the territory of the Republic of Lithuania.

2. A party's request to recognise and allow enforcement of the foreign arbitral award or ruling on interim measures shall be submitted to the Court of Appeals of Lithuania. The content of this request shall be subject *mutatis mutandis* to the provisions of Article 51.2 of this Law.

3. The Court of Appeals of Lithuania may by its ruling refuse to recognise or enforce a foreign arbitral award or ruling on interim measures, if:

   1) Enforcement of such award or ruling in the territory of the Republic of Lithuania is impossible;

   2) There are the grounds stipulated in items 2, 3, 4 and 5 of Article 25.4 of this Law.

4. The appealing against the rulings of the Court of Appeals of Lithuania stipulated in this article shall be subject *mutatis mutandis* to the provisions of Article 51.3 of this Law.

Article 27. Applying of interim measures and preserving of evidence by the court ruling

1. A party shall have the right to apply to Vilnius District Court for interim measures or preservation of evidence before commencement of the arbitral examination or before the formation of the arbitral tribunal. Upon the party's request, the court may also apply the interim measures or preserve the evidence after the formation of the arbitral tribunal. Accordingly, the other party shall have the right according to the procedure established in the Code of Civil Procedure to request securing compensation of losses that might possibly be incurred through application of the interim measures or preserving the evidence.

2. Refusal by the court to apply the interim measures or preserve the evidence shall not prevent the party from requesting the arbitral tribunal during the arbitral examination to apply the interim measures or preserve the evidence.

CHAPTER VI
ARBITRAL EXAMINATION

Article 28. General provisions of arbitral examination

1. The parties to the dispute shall have equal procedural rights in arbitration proceedings. Each of the parties shall be provided with equal possibilities to justify its claims or points of defence.

2. In compliance with the imperative provisions of this Law, the parties to the dispute may agree on the procedure according to which their disputes will be examined in arbitration.

3. Failing such agreement of the parties regarding the procedure for examination of disputes, the arbitral tribunal may, in compliance with the provisions of this Law, examine the dispute according to the procedure it deems appropriate.

Article 29. Place of arbitral examination

1. The parties may agree on the place of arbitral examination. Failing such agreement, the place of arbitral examination shall be established by the arbitral tribunal taking into consideration the circumstances of the case and convenience for the parties.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, the arbitral tribunal may, unless the parties agree otherwise, gather at any place they deem suitable for arbitrators' consultations where they can hear the witnesses, experts or parties, examine the documents, goods or other property.

Article 30. Commencement of arbitral examination

Unless the parties agree otherwise, the arbitral examination shall be deemed to have been commenced on the day on which the respondent received a request for arbitration or a claim. The request for arbitration or the claim shall contain the names or first and last names of the parties, the essence of the dispute, the reference to the arbitration agreement and the candidacy of the arbitrator. The claim shall comply with the requirements of Article 32 of this Law.

Article 31. Arbitration language

1. Unless the parties agree otherwise, the language or languages to be used during the arbitral examination shall be determined by the arbitral tribunal. Unless the parties have agreed on the arbitration language, until the arbitral tribunal determines the arbitration language, the arbitration language shall be deemed the language in which the arbitration agreement is concluded.

2. The arbitration language shall be used for submission to the arbitral tribunal and the permanent arbitral institution of all written documents of the parties, conducting the arbitral examination, drawing up of awards, rulings of the arbitral tribunal and the permanent arbitral institution or other documents adopted by the arbitral tribunal and the permanent arbitral institution, unless otherwise determined in the agreement of the parties or the ruling of the arbitral tribunal.

3. The arbitral tribunal may determine other arbitration language at any time during the arbitral examination, unless it may result in infringement of the right to be heard of the parties.

Article 32. Claim and statement of defence

1. Within the term agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall indicate the circumstances justifying his claim, issues in dispute, appoint an arbitrator (if no arbitrator has been appointed) and state claims in action, while the respondent shall submit its points of defence, unless the parties have agreed otherwise.

2. Unless the parties agree otherwise, during the arbitral examination, any of them may change or supplement their claims in action or statement of defence, except for cases where the arbitral tribunal recognises that it is not expedient to allow such changes or supplements to be made due to unreasonably delayed submission thereof.

Article 33. Evidence and burden of proof

1. Unless the parties have agreed otherwise or otherwise required under the law applicable to the dispute, each of the parties shall prove the circumstances justifying its claims or points of defence.

2. During the arbitral examination, the arbitral tribunal may request the parties to present documents or other evidence relating to the case being examined.

3. The arbitral tribunal shall have the right to refuse to admit the evidence which could have been presented earlier during the arbitral examination and the presentation of which will delay the arbitral examination.

4. Unless the parties agree otherwise, no evidence shall be binding on the arbitral tribunal.

5. Unless the parties agree on the rules of evidence applicable to the arbitral examination, such rules shall be determined by the arbitral tribunal. Until determination of the rules of evidence applicable to the arbitral examination, gathering of evidence and distribution of the burden of proof shall be subject to the provisions of this Law.

6. If a party fails to present evidence as requested by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may make an award based on the available evidence or in exceptional cases evaluate the fact of failure to present the evidence against the defaulting party.

7. The arbitral tribunal shall have the right to establish the admissibility, sufficiency and relevance of any evidence to the case.

Article 34. Oral and written examination of the case

1. Unless the parties have agreed on the form of arbitral examination, the arbitral tribunal shall decide on the form of arbitral examination. The arbitral examination may be held according to oral, written or other procedure. If the parties have agreed that the case will be examined without direct participation of the parties, the arbitral tribunal shall at any time during the arbitral examination switch to an oral examination, if so requested by any of the parties to the dispute.

2. The parties shall be notified on all hearings of the arbitral tribunal in advance, with reasonable notice of time required.

3. All evidence, documents or other information presented by a party to the arbitral tribunal shall be presented to the other party. Evidence, documents or other information received by the arbitral tribunal shall also be presented to the parties.

Article 35. Absence of a party

Unless the parties have agreed otherwise, where a party fails to present a mandatory procedural document or does not take part in the arbitral hearing without a valid reason, the arbitral tribunal shall have the right to proceed with the arbitral examination and make an arbitral award based on the evidence available in the case or make procedural decisions stipulated in Article 49 of this Law.

Article 36. Witnesses and experts

1. The arbitral tribunal shall determine the time, place and mode of examination of witnesses and experts.

2. If persons called as witnesses fail to appear or having appeared refuse to be witnesses, the arbitral tribunal may allow the party requesting examination of the witness to apply to Vilnius District Court within the term set by the arbitral tribunal requesting examination of the witnesses according to the procedure established in the Code of Civil Procedure and this Law. Examination of witnesses in Vilnius District Court shall be *mutatis mutandis* subject to the provisions of the ninth clause of Chapter XIII of Section II of the Code of Civil Procedure. During examination of witnesses in court, the arbitral tribunal may stay or postpone the arbitral examination.

3. Unless the parties agree otherwise, the arbitral tribunal may:

1) Appoint one or several experts to present findings on particular questions given by the arbitral tribunal;

2) Request a party to provide any information related to the case to the expert, present or make conditions for reviewing the evidence pertaining to the case.

4. Unless the parties have agreed otherwise, and any party requests or the arbitral tribunal so decides, the expert must participate at the hearing and present his findings and answer the questions put to him by the parties or the arbitral tribunal.

5. The parties shall have the right to request the arbitral tribunal to examine their witnesses.

Article 37. Joining of arbitration cases

Arbitration cases may be joined upon agreement of the parties.

Article 38. Assistance of the court in gathering evidence

The arbitral tribunal or a party, upon approval of the arbitral tribunal, shall have the right to apply to Vilnius District Court and request assistance in gathering evidence. Gathering of evidence in court shall be *mutatis mutandis* subject to the provisions of the ninth clause of Chapter XIII of Section II of the Code of Civil Procedure. The arbitrators and the parties shall have the right to take part in any hearing of Vilnius District Court held under the request stipulated in this article and ask questions, present explanations orally or in writing and exercise other procedural rights required for gathering evidence.

CHAPTER VII
MAKING OF AWARDS AND CLOSING OF THE ARBITRATION PROCEEDINGS WITHOUT MAKING AN AWARD ON THE MERITS

Article 39. Substantive law applicable to a dispute

1. The arbitral tribunal shall resolve disputes in accordance with the law selected by the parties as applicable to the dispute. The reference to the applicable foreign law shall mean reference to the national substantive law of the respective state, rather than the international private law of that state.

2. If the parties have failed to agree on the applicable law, the arbitral tribunal shall apply the law, which in the justified opinion of the arbitral tribunal, is applicable in resolving a particular dispute, including trade customs (*lex mercatoria*).

3. The arbitral tribunal acts based on the principles *ex aequo et bono* (at equity) or *amiable compositeur* (amicable mediation) only in cases where the parties expressly authorise it to do so.

Article 40. Making of an award by the arbitral tribunal consisting of several arbitrators

1. Unless the parties have agreed otherwise, an arbitral award shall be made by a majority vote of the arbitrators. In there is no majority of votes for making the arbitral award or in case of a tie, the chairman of the arbitral tribunal shall have the casting vote.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, procedural issues of the arbitral examination may be solved unilaterally by the chairman of the arbitral tribunal, provided he is authorised by the parties or all other arbitrators of the arbitral tribunal for that purpose.

3. If an arbitrator refuses to participate in examining a dispute by the arbitral tribunal without any valid reason, this shall not preclude the remaining arbitrators of the arbitral tribunal from making a legitimate award.

Article 41. Taking effect and enforcement of an arbitral award

1. An arbitral award shall take effect from the moment it is made and shall be enforced by the parties.

2. An arbitral award shall be deemed made from the date indicated in the arbitralaward.

3. After the arbitral award takes effect, the same parties to the dispute shall not have the right to state a further claim regarding the same subject and on the same grounds.

4. An arbitral award shall be a document subject to enforcement, to be enforced from the moment of taking effect according to the procedure established in the Code of Civil Procedure.

Article 42. Types of arbitral awards

1. The arbitral tribunal may make a final award on the merits, a partial award and an additional award.

2. The arbitral tribunal shall have the right to make rulings on procedural matters.

Article 43. Final arbitral award

The arbitral tribunal shall fully resolve the dispute by making its final award.

Article 44. Partial arbitral award

1. The arbitral tribunal shall resolve a part of the dispute by making a partial award.
2. The partial arbitral award shall be final only in respect of the part of the dispute that has been resolved in full.
3. A partial arbitral award may be made:
    1) On the competence of the arbitral tribunal to examine the dispute (Article 19 of this Law);
    2) On independent claims arising from substantive legal relationships;
    3) In other cases stipulated by the parties or the arbitral tribunal.

Article 45. Additional arbitral award. Revision and interpretation of an arbitral award

1. An additional arbitral award shall be made to resolve the claims stated during the arbitral examination, however, not resolved by the arbitral award made. The additional award may also be made to revise or interpret the arbitral award where it is necessary:
    1) To correct spelling, arithmetic or other similar mistakes in the arbitral award;
    2) To elucidate the substantive provisions of the arbitral award or its item;
    3) To resolve the issue of distribution of the arbitration costs.
2. The additional arbitral award may be made on the initiative of the arbitral tribunal or upon request of an interested party. The arbitral tribunal may on its initiative make an additional award within 30 days after the final arbitral award has been made. An interested party shall have the right to submit a request for an additional arbitral award not later than 30 days following the day of receipt of the arbitral award.
3. The additional arbitral award shall be made within 30 days after the request for this award of the interested party has been received. The additional award shall be a composite part of the arbitral award and shall be subject to the provisions of Article 46 of this Law.
4. The arbitral tribunal shall have the right to extend or renew the terms set in paragraphs 2 and 3 of this article.

5. The additional award may not alter the essence of the arbitral award.

Article 46. Form and content of the award of the arbitral tribunal

1. An award of the arbitral tribunal shall be in writing and signed by the arbitrators or the arbitrator. The arbitral award shall be legitimate if signed by a majority of arbitrators with the other arbitrators indicating their reasons for not signing. An arbitrator or arbitrators disagreeing with the opinion of the majority shall have the right to present their separate opinion in writing which shall be attached to the arbitral award. The parties may agree that the chairman of the arbitral tribunal may sign the award unilaterally.

2. he arbitral award shall contain the reasoning on which it is based, unless the parties have agreed that reasoning is not necessarily to be provided or the arbitral award is made on the agreed terms under item 1 of Article 47.1 of this Law.

3. The arbitral award shall state the date and place of making it. The arbitral award shall be deemed to have been made on the date and at the location as indicated in the arbitral award.

4. Each party shall be given a copy of the signed arbitral award. Delivery of the arbitral award may be postponed until the arbitration costs have been paid in full.

Article 47. Settlement of a dispute

1. The parties shall have the right to complete the arbitration case by a settlement agreement. Upon request by the parties, the arbitral tribunal shall have the right:

   1) to approve the settlement agreement concluded by the parties by an arbitral award; or

   2) to make a ruling on termination of the arbitration proceedings.

2. The arbitral award approving the settlement agreement concluded by the parties shall be a final arbitral award.

Article 48. Decision on arbitration costs

1. Arbitration costs shall include:

   1) The arbitrators' fees and other reasonable expenses incurred by them;

   2) Expenses incurred by the permanent arbitral institution or other reasonable expenses incurred under agreements of the parties;

   3) Reasonable expenses incurred by the parties.

2. Fee rates applied by the permanent arbitral institution, procedure for calculation, payment and repayment of arbitration costs shall be established in the regulations of arbitral procedure and/or agreement of the parties not contradicting the regulations of arbitral procedure. In case of *ad hoc* arbitration the amount of arbitrators' fees, the procedure for calculation, payment and repayment of the arbitration costs shall be established by the parties' agreement and/or in the *ad hoc* arbitration rules.

3. Unless the parties have agreed otherwise, in view of the circumstances of the case, and the conduct of the parties, the arbitral tribunal shall distribute the arbitration costs for the parties in its arbitral award.

4. Whenever the case is closed on any of the grounds indicated in this law, the arbitral tribunal shall have the right to resolve the issue of distribution of the arbitration costs on its own initiative.

Article 49. Closing of arbitral examination

1. The arbitral examination is completed by a final arbitral award or a ruling made by the arbitral tribunal on the grounds stipulated in paragraphs 2 and 4 of this article.

2. The arbitral tribunal shall make a ruling to terminate the arbitral examination where:

   1) The case may not be examined in arbitration;

   2) The judgment of the court has taken effect in respect of the dispute between the same parties, regarding the same subject and on the same grounds;

   3) The arbitral award has taken effect in respect of the dispute between the same parties, regarding the same subject and on the same grounds;

   4) The claimant has withdrawn its claim, unless the respondent objects to such withdrawal of the claim and the arbitral tribunal recognises the legal interest of the respondent to finally resolve the dispute;

   5) The parties have concluded a settlement agreement or the arbitral tribunal has decided to close the arbitration proceedings by a ruling according to the procedure established in item 2 of Article 47.1 of this Law;

   6) The natural person who was one of the parties to the proceedings has died and succession of his/her rights is not possible;

7) The legal body that was one of the parties to the proceedings has been liquidated and succession of its rights is not possible;

8) It is impossible to examine the arbitration case and the claimant has no right to apply to arbitration in future regarding resolution of the same dispute.

3. Upon termination of the arbitral examination, the parties shall not be allowed to make a repeat application to arbitration regarding a dispute between the same parties, regarding the same subject and on the same grounds.

4. The arbitral tribunal shall have the right to make a ruling on not proceeding with a request for arbitration or the claim where:

1) The request for arbitration or the claim was filed by a legally incapable natural person;

2) The request for arbitration or the claim was filed on behalf of the claimant by a person not authorised to plead the arbitration case;

3) The arbitral tribunal examines the dispute between the same parties, regarding the same subject and on the same grounds;

4) Having not requested that the case be examined in their absence, both parties have failed to appear without valid reasons;

5) The person who has filed the request for arbitration or the claim has failed to pay the determined arbitration costs;

6) The claimant does not file a claim according to the requirements of Articles 30 or 32 of this Law;

7) The parties against which no bankruptcy proceedings have been brought request not to examine the dispute in arbitration based on paragraph 8 of this article;

8) The arbitral tribunal decides that the arbitration case is not subject to further examination or its examination is impossible.

5. A decision not to proceed with the request for arbitration or the claim shall not preclude the parties from repeat applications to arbitration regarding resolution of the dispute.

6. A ruling of the arbitral tribunal shall take effect from the moment it is made and must be enforced by the parties.

7. Instituting bankruptcy proceedings against a party to the arbitration agreement or application of other bankruptcy proceedings against a party to the arbitration

agreement shall have no impact on the arbitration proceedings, validity and application of the arbitration agreement, the possibility to resolve the dispute in arbitration and the competence of the arbitration tribunal to resolve the dispute, except for the cases stipulated in paragraphs 8 and 9 of this article.

8. A company against which bankruptcy proceedings are instituted may not conclude a new arbitration agreement. Property claims against a party to the arbitration agreement against which bankruptcy proceedings are instituted shall be examined in the court instituting the bankruptcy proceedings, upon request of all parties to the arbitration agreement against which no bankruptcy proceedings are instituted.

9. If property claims against the party to the arbitration agreement against which bankruptcy proceedings are instituted are examined in arbitration, the arbitral tribunal shall provide a reasonable period of time to the bankruptcy administrator to become familiar with the arbitration proceedings and prepare for its examination, and the claimant shall notify the court examining the bankruptcy proceedings on the claims being examined in arbitration and present explanations justifying such claims and schedule of evidence. The arbitral tribunal shall in its award determine the amount of the mutual claims of the parties. Upon making the arbitral award, the court examining the bankruptcy proceedings shall approve the mutual claims of the parties determined in the arbitral award. The court examining the bankruptcy case may refuse to approve the creditor's claims examined in arbitration until the arbitral award approving the amount of those claims has been made; however, the court shall approve all undisputed claims (undisputed part thereof) according to the procedure established by the Enterprise Bankruptcy Law of the Republic of Lithuania.

10. The powers of the arbitral tribunal shall expire upon making the final arbitral award (except for the cases stipulated in Article 45 and Article 50.6 of this Law), termination of the arbitral proceedings or decision not to proceed with the request for arbitration or the claim.

CHAPTER VIII
SETTING ASIDE THE ARBITRAL AWARD

Article 50. Grounds and procedure for setting aside the arbitral award

1. An arbitral award may be set aside upon submitting an appeal to the Court of Appeals of Lithuania on the grounds stipulated in this article.

2. Upon admitting the appeal regarding the arbitral award made, the Court of Appeals of Lithuania may, at the request of one of the parties, suspend enforcement of the arbitral award in exceptional cases.

3. The Court of Appeals of Lithuania may set aside an arbitral award when the party submitting the appeal presents evidence demonstrating that:

   1) One of the parties to the arbitration agreement was legally incapable under the applicable laws or the arbitration agreement is not effective under the laws applicable by the parties' agreement, or if the parties have not agreed regarding the laws applicable to the arbitration agreement, according to the laws of the state in which the arbitral award was made; or

   2) The party against which the arbitral award is intended to be invoked was not properly notified on the appointment of the arbitrator or the arbitral examination or otherwise was not provided with a possibility to present its own explanations; or

   3) The arbitral award was made in respect of the dispute or the part of the dispute that was not referred to arbitration. If the part of the dispute referred to arbitration may be separated, that part of the arbitral award resolving the issues referred to arbitration may be recognised and enforced; or

   4) The composition of the arbitral tribunal or the arbitration proceedings did not meet the agreement of the parties and/or the imperative provisions of this Law; or

   5) The dispute may not be referred to arbitration according to the laws of the Republic of Lithuania; or

   6) The arbitral award contradicts the public policy of the Republic of Lithuania.

4. The Court of Appeals of Lithuania verifies *ex officio* whether the arbitral award appealed against contradicts the grounds established in items 5 and 6 of paragraph 3 of this article.

5. The Court of Appeals of Lithuania refuses to admit the appeal which was filed after one month following the admitting of the arbitral award, and if the appeal was filed in respect of the additional award stipulated in Article 45 of the Law, following the day on which the arbitral tribunal made the additional award.

6. Upon receipt of an appeal regarding the arbitral award, the Court of Appeals of Lithuania may by its reasoned ruling, if so requested by a party to the dispute, suspend the proceedings regarding setting aside the arbitral award in order for

the arbitral tribunal to be able to resume the examination or take other actions which, in the opinion of the Court of Appeals of Lithuania, would remove the basis for setting aside the arbitral award.

7. The ruling of the Court of Appeals of Lithuania stipulated in paragraph 6 of this article regarding staying of proceedings and the ruling regarding setting aside or refusal to set aside the arbitral award may be appealed against to the Supreme Court of Lithuania according to the procedure established by the Code of Civil Procedure.

CHAPTER IX
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Article 51. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

1. An arbitral award made in any state – a party to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards shall be recognised and enforced in the Republic of Lithuania according to the provisions of this article and the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

2. A party requesting to recognise or recognise and enforce a foreign arbitral award shall submit a request to the Court of Appeals of Lithuania. This request shall be accompanied by the originals of the foreign arbitral award requested to be recognised or recognised and enforced and the arbitration agreement or properly certified copies thereof. If the arbitral award or the arbitration agreement is not drawn up in the official language of the state, the applying party shall present properly certified translations of these documents into the official language of the state.

3. The Court of Appeals of Lithuania shall make a ruling in respect of a request for recognising or recognising and enforcing a foreign arbitral award. This ruling shall come into effect from the moment it is made. The ruling of the Court of Appeals of Lithuania may be appealed against to the Supreme Court of Lithuania within 30 days following the day on which it was made. Filing of the appeal regarding the ruling of the Court of Appeals of Lithuania stipulated in this paragraph and the proceedings under this appeal shall be subject *mutatis mutandis* to the provisions of Chapter XVII of the Code of Civil Procedure.

4. Once the ruling regarding recognition or recognition and enforcement of foreign arbitral award takes effect, the foreign arbitral award shall be a document subject to enforcement according to the procedure established in the Code of Civil Procedure.

ALGIRDAS BRAZAUSKAS

PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA

Luxemburgo (Luxembourg)

Michel Jimenez Lunz

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of International Arbitration in Luxembourg.— II. Sources of the Luxembourg Law on Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— III. Luxembourg as seat of arbitration.— A. The capacity to enter into arbitration agreements.— B. The material scope of arbitration agreements.— C. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Material validity.— 2. Extension of the arbitration agreement to third parties.— D. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Resignation and challenge of an arbitrator.— 5. Relationship between the parties and the arbitrators.— E. The arbitral procedure.— 1. Arbitral tribunal to rule on the submission to its own jurisdiction (principle of *kompetenz-kompetenz*).— 2. Law governing the arbitral procedure.— 3. The investigating powers of the arbitrator.— 4. Duration of the arbitral procedure.— F. Provisional and interim measures.— G. Law governing the merits of the case.— H. The award.— 1. General principles.— 2. Enforcement.— 2.1. Enforcement of domestic awards.— 2.2. Enforcement of foreign awards.— 3. Challenge and revision of the award.— 3.1. Challenge of the award.— 3.2. Revision of the award.— I. Costs and expenses.— IV. The Center of Arbitration of the Luxembourg Chamber of Commerce: Luxembourg's Arbitral Institution.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Luxembourg

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism was first codified in the beginning of the 19th century in Luxembourg when arbitration provisions were inserted in the *code de procédure civile*, the Code of Civil Procedure[1] (the «CPC») and the *code de commerce*, the Code of Commerce.[2] Whereas the provisions of the CPC provided parties with the possibility to opt for arbitration in case of a dispute,

1 *Code de Procédure Civile* (1806), articles 1003-1028.

2 *Code de Commerce* (1807), articles 51-63.

the Code of Commerce imposed arbitration proceedings for any dispute that arose between a shareholder and its company. These mandatory arbitration provisions were not met with favor by legal scholars and were soon repealed.

The provisions of the CPC presented courts with the question whether or not article 1006 CPC allowed for arbitration clauses (*clause compromissioire*), meaning an agreement to submit a dispute to arbitration signed prior to the occurrence of the dispute. In fact, article 1006 CPC provided that for an arbitration agreement (*compromis*) to be valid it had to mention: (i) the object(s) of the dispute, and (ii) the arbitrators' names. The absence of such information resulted in the arbitration agreement being considered null and void, which was the fate met by arbitration clauses during a first set of court decisions.[3] However, since 1921, case law appears to agree on the validity and enforceability of arbitration clauses.

Following such turnaround in case law, a law dated 20 April 1939 amended Article 1006 of the CPC by adding a new paragraph pursuant to which the obligation of the parties to mention: (i) the object of the dispute, and (ii) the arbitrators' name(s), does not apply to arbitration clauses.

The most recent legal reforms took place on 26 November 1981 with the law ratifying the European Convention on International Commercial Arbitration of 21 April 1961, and on the 8 December of the same year with the Grand-Ducal regulation amending and supplementing Book III of the CPC on arbitration.

II. Sources of the Luxembourg Law on Arbitration

A. Domestic sources

Since the 1981 reforms, the provisions governing Luxembourg arbitration are contained in Articles 1224 to 1251 of the *nouveau Code de Procédure Civile*, the Luxembourg New Code of Civil Procedure (the «NCPC»). In general the same provisions govern both domestic and international arbitration proceedings, unless when it comes to the enforcement of arbitral awards, in which case Luxembourg awards are governed by different provisions than foreign awards.

B. International sources

There are three main international sources:

[3] District Court Diekirch, 12 March 1875.

a) The Protocol of Geneva on Arbitration Clauses of 24 September 1923, ratified on the 15th of September 1930;

b) The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, together with the Paris Agreement of 1962, implementing the Convention, both ratified through a law dated 26 November 1981; and

c) The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (the «New York Convention»), which was ratified on 20 May 1983, entered into force on 8 December 1983 and applies on the basis of reciprocity of recognition and enforcement of awards rendered in the territory of another State which is also party to the New York Convention.

III. Luxembourg as seat of arbitration

A. The capacity to enter into arbitration agreements

Article 1224 NCPC considers all persons able to enter into an arbitration agreement. Nonetheless, with regards to the contractual nature of arbitration agreements, the incapacities applicable to contracts in general are also applicable to arbitration agreements. article 1124 of the *code civil*, the Luxembourg Civil Code (the «CC») enumerates the two cases of incapacity to contract known in Luxembourg law: neither minors who have not been emancipated, nor protected adults are granted the ability to enter into binding agreements and consequently cannot enter into an arbitration agreement.

B. The material scope of arbitration agreements

In accordance with article 1224 NCPC parties may only enter into an arbitration agreement which affects rights that they can freely dispose of.

Also, article 1225 NCPC provides a list of matters which are excluded from arbitration. Those are: (i) status and capacity matters, (ii) conjugal relationship issues, (iii) divorce or separation proceedings, (iv) representation of incapacitated persons, and (v) matters relating to incapacitated persons or missing persons.

The submission of a dispute to arbitration shall not be hindered by the fact that matters of public policy are raised or applicable to the dispute. The Luxembourg Court of Appeal clearly stated that in such circumstances the arbitrators will have to

apply the relevant public policy provisions to the dispute.[4] With regards to provisions on judicial organization, even though they fall within the category of public order provisions, they do not oppose dispute settlement through arbitration.[5]

In the same decision the Court did however recall that the parties can only agree to arbitration with regards to rights they can freely dispose of. This means that even in the area of contracts restrictions may be applicable if they deal with regulated matters in order to protect the interest of the weaker party to the contract, such as for example employment agreements or agreements concluded with consumers. The weaker party to the contract cannot waive his protective rights prior to a dispute by consenting to an arbitration clause, but can only do so *a posteriori*.

C. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

The legislation distinguishes between arbitration agreements and arbitration clauses.

a. Arbitration agreements

Article 1226 of the NCPC provides that arbitration agreements shall be concluded in writing, and take the form of either: (i) a notarial deed, (ii) minutes drawn up in the presence of the appointed arbitrators, or (iii) a document under private seal, signed by each party. Further, Article 1227 NCPC provides that the parties have to mention: (i) the object of the dispute, and (ii) the arbitrators' names in the arbitration agreement on pain of nullity.

b. Arbitration clauses

The validity of an arbitration clause or a promise to enter into arbitral proceedings, in accordance with article 1227 NCPC, does neither require written form, nor does it require the mentioning of the object of the dispute, nor the arbitrators' names. However, for purely evidentiary reasons, the written form remains necessary in practice.

Also it is recommended, when drafting an arbitration clause, to be as precise as possible by providing the following information (i) the seat of the arbitration, (ii) the

4 Luxembourg Court of Appeal, 9 February 2000.
5 Luxembourg Court of Appeal, 9 February 2000.

law applicable to the merits, (iii) the applicable language, (iv) the number of arbitrators to be appointed, and (iv) the modalities for the appointment of the arbitrators.

1.2. Material validity

Arbitration agreements can only be entered into by persons able of entering into binding agreements and can only cover rights that are at the free disposal of the parties. Further, arbitration agreements are subject to general contract law, meaning that they also have to meet the same requirements than contracts in order to be valid.[6] The following shall in particular be required:

a) Consent of both parties which consent is particularly interesting in the case of arbitration clauses in contracts, seeing as how both parties must have consciously agreed to submitting future disputes to arbitration.

b) Capacity to contract of both parties, which excludes minors that are not emancipated and protected adults from entering into an arbitration agreement.

c) Object, the obligation for the parties to settle their disputes through arbitration.

d) Cause, which cannot be contrary to public policy or the law in general.

With regards to the specific case of arbitration clauses, Luxembourg courts consider that they are ancillary contracts, meaning that they are considered to be null and void if the main contract is considered null and void.[7]

2. Extension of the arbitration agreement to third parties

In principle, and notwithstanding some exceptions, only the parties to an agreement which provides for an arbitration clause are bound by it. However, in case of acceptance of succession or assignment, the successor or the assignee shall be considered bound by the arbitration agreement or clause. Notwithstanding the foregoing, legal scholars take the view that in an *intuitu personae* contractual relationship, an arbitration clause may only bind the transferee.

Further, even though not expressly provided for under Luxembourg law, one can assume that it is possible for third parties to intervene during arbitral proceedings, subject to the consent of all parties involved.

---

6 *Code Civil*, article 1108.

7 Court of Appeal, 12 March 2003.

D. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

The parties are free to appoint their arbitrators, regardless of any specific qualification or experience requirements, so long as the arbitrators declare their independence from the parties and provided that there is no potential conflict of interest.

Regulations which may apply to certain professional groups, for instance lawyers, need however to be considered before a person may accept his appointment as arbitrator. Pursuant to article 5.3.1 of the Luxembourg bar regulations, a lawyer may accept to be appointed as arbitrator, mediator or conciliator. However, if appointed, the lawyer must, in accordance with article 5.3.2 of the Luxembourg bar regulations, subject himself to the essential rules applicable to his profession, in particular as regards the preservation of his independence.

Public employees may also be appointed as arbitrators, to the extent that the public authority for which they work is not party to the dispute. Also, judges and civil servants with judicial authority can be appointed as arbitrators.

2. Constitution of the arbitral tribunal

The formalities applicable to the constitution of the arbitral tribunal will depend on whether or not the parties have agreed on a specific procedure in the arbitration agreement or the arbitration clause or have reached a mutual agreement thereon.

In the absence of any agreement amongst the parties in that respect, Article 1227 NCPC provides that the dispute shall be settled by three arbitrators.

Each party shall designate an arbitrator and shall communicate his identity to the other party. If a party fails to appoint its arbitrator, it may be requested by the other party, by way of a registered letter, to do so within a period of eight days after receipt of the letter. In the event that the defaulting party fails to appoint its arbitrator within such timeframe, the appointment shall then be made upon order of the President of the District Court, which is not subject to appeal.

26. Following their appointment, the two arbitrators shall then appoint the third arbitrator. If they fail to reach an agreement, the appointment of the third arbitrator shall be made by the President of the District Court upon request of the most diligent party, the other party being present or duly convened.

If more than two parties have divergent interests in the dispute, they shall reach an agreement regarding the appointment of the three arbitrators. If they fail to do so, then the appointment of the three arbitrators shall be made by the President of the District Court upon request by the most diligent party, the other parties being present or duly convened.

3. Independence and impartiality of arbitrators

Luxembourg law is silent on the arbitrators' independence, neutrality or impartiality. However, a decision of the Luxembourg Court of Appeal points out that impartiality and independence are part of the fair trial requirement.[8] This is further confirmed by a decision of the European Court of Human Rights of 2008.[9] Many scholars believe that Article 6§1[10] of the European Convention on Human Rights is applicable not only to court but also arbitral proceedings in the member States. Luxembourg being a party to the convention, one can assume that, in spite of the Luxembourg law being silent on the matter, under Luxembourg law arbitrators are bound to independence and impartiality.

4. Resignation and challenge of an arbitrator

Pursuant to Article 1235 NCPC, the arbitrators can no longer resign once the hearing has begun, they can however be challenged for causes arising after the conclusion of the arbitration agreement by unanimous consent of the parties (Article 1229 NCPC).

As the NCPC does not provide for the applicable procedure for challenging arbitrators, it had to be determined by Luxembourg courts, which, by analogy, took the view that the procedure for challenging arbitrators shall be subject to the procedure for challenging judges,[11] as laid down in article 521 NCPC.

---

8 Court of Appeal, 24 November 1993.

9 Regent Company v. Ukraine (Application n.° 773/03), European Court of Human Rights, 3 April 2008.

10 «In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice». European Convention on Human Rights, article 6§1.

11 *Nouveau code de procédure civile*, article 521.

5. Relationship between the parties and the arbitrators

The arbitration agreement is of a contractual nature and, as a consequence, arbitrators only engage their contractual liability pursuant to Article 1134 CC. However, arbitrators can be held criminally liable if they are found to be involved in bribery.[12] Further Luxembourg law does not provide for any arbitrator immunity.

E. The arbitral procedure

1. Arbitral tribunal to rule on the submission to its own jurisdiction (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)

An arbitral tribunal may rule on the validity of the arbitration agreement or clause and also has jurisdiction over its own jurisdiction, meaning that it can determine itself whether or not it has jurisdiction on the matter. Although the question of validity of an arbitration agreement or clause can be brought before a court prior to the arbitral proceedings having been initiated, once they are in fact pending, a Luxembourg court will deny its jurisdiction on the matter. These decisions of the arbitral tribunal can however once again be challenged before a court after the arbitral award is definite in the framework of annulment proceedings.

Nonetheless, an arbitration clause which submits all disputes to arbitration therefore grants exclusive jurisdiction on the matter to the arbitral tribunal[13] and a court seized on the matter has to deny jurisdiction.[14]

Also parties can decide to terminate the arbitral tribunal jurisdiction at any time, even during the arbitral proceedings, through an explicit mutual agreement, or simply through an unambiguous attitude expressing such an agreement.[15]

2. Law governing the arbitral procedure

The parties can contractually agree upon the law they want to govern the proceedings or draft their own procedural rules. They can do so by including such provisions in the arbitration agreement or by way of an *ad hoc* agreement during the arbitration proceedings.

---

12 *Code Pénal*, article 250.
13 Court of Appeal, 21 January 2009.
14 District Court, 20 May 1987.
15 District Court, 16 June 2006.

In fact, article 1230 NCPC simply states that parties and arbitrators shall follow, during the arbitral proceedings, the provisions which are applicable to court proceedings, unless otherwise agreed between the parties.

If the parties have not explicitly agreed upon the rules governing their agreement, Luxembourg courts will apply the procedural rules enclosed in the NCPC on judicial proceedings.

Notwithstanding the provisions of article 1230 NCPC, a strict application of the provisions applicable to court proceedings is not required, but rather an application which reconciles their form with the particular nature of arbitration proceedings.[16]

Furthermore parties may want to submit their arbitral proceedings to the rules of the Luxembourg Chamber of Commerce, *Chambre de Commerce de Luxembourg*, (the «LCC»), the only arbitral institution situated in Luxembourg.

Finally, as stated in paragraph III D. (3) one has to assume that whatever procedural rules the parties agree upon, they do have to respect the fair and equitable trial requirements contained in Article 6§1 of the European Convention on Human rights, most notably the adversarial principle.

3. The investigating powers of the arbitrator

The NCPC does not give any indications as to hearings or the method of taking evidence, which is therefore purely based on the agreement of the parties or, in absence thereof, the agreement of the arbitrators. In relation thereto, Luxembourg courts have held that any measure of instruction, the implementation of which will determine the outcome of the award, and which has been carried out by one of the arbitrators without the consent of the others, shall be null and void as being issued by a tribunal without jurisdiction.[17]

On the same note, arbitrators may request, but only after duly informing the parties, the assistance of an expert and hear witnesses.

However it has to be recalled that arbitrators do not have any coercive power, and will have to rely on an order of the referee judge to summon witnesses without their consent or disclose documents held by third parties for example.

---

16 Court of Appeal, 22 July 1904.
17 Court of Appeal, 15 June 1888.

Further, article 1232 NCPC provides that all taking of evidence and all minutes of the arbitral tribunal shall be sealed by all arbitrators, unless otherwise agreed by the parties in the arbitration agreement. Whereas, pursuant to article 1237 NCPC, the parties have to provide the arbitrators with their written statements and evidence at least fifteen days before the expiry of the arbitration proceedings. Applying the adversarial principle, the arbitrators shall submit a written copy of these statements to the counterparty.

4. Duration of the arbitral procedure

Article 1228 of the NCPC provides for a time limit of three months, unless a different time period has been agreed by the Parties. Upon request by both parties this time limit can be extended. However, if the arbitration originates from an arbitration clause, the fact that the time limit for the arbitral proceeding has been reached, does not erase the parties obligation to rely on arbitration in their disputes.

F. Provisional and interim measures

The arbitral tribunal may upon request from one of the parties order provisional or interim measures, which have to be enforced by an order of the President of the District Court.

Furthermore, parties may in case of emergency apply for conservatory or interim measures with the President of the District Court of Luxembourg in summary proceedings.[18] However the referee judge may only grant conservatory or interim measures that are truly reversible.[19]

G. Law governing the merits of the case

Pursuant to Article 1240 of the NCPC, the arbitrators shall settle the dispute by application of the rules of law, unless the parties resolved to have the arbitrators appointed as mediators (*amiables compositeurs*), in which case the arbitrators shall settle the dispute *ex aequo et bono*.

The parties are free to decide under which law their dispute is to be settled and should therefore insert an applicable law clause into the arbitration agreement or clause. If no explicit reference to the parties' intention can be found, the courts will nonetheless attempt to determine their will, taking into consideration the wording and the economics of the agreement.[20] If they find themselves in the impossibility to

[18] District Court, 11 December 2012.
[19] Court of Appeal, 21 October 2009.
[20] District Court, 24 April 2007.

determine the intention of the parties, they will resort to the rules of international private law in order to determine the applicable law. In general they will assume that the applicable law is the law of the seat of arbitration.

The freedom of the parties and the arbitrators to apply a particular law to a dispute or to settle a case in equity is however limited by public policy matters (*ordre public*) and mandatory laws (*lois de police*) of the Grand Duchy of Luxembourg. This has been confirmed in a decision of the Court of Appeal which held that the arbitrators have to apply the relevant public order provisions.[21]

H. The award

1. General principles

Article 1238 NCPC states that if the arbitrators cannot reach an agreement on the award, they will be requested to appoint a third arbitrator in order to settle the dispute. If the arbitrators fail to agree on the choice of such third arbitrator, the latter shall be appointed by the President of the District Court of Luxembourg.

Pursuant to Article 1237 NCPC, the award shall be signed by each arbitrator of the arbitral tribunal. Where there are more than two arbitrators and the minority does not sign the award, the other arbitrators will mention it in the award and the award shall have the same effect as an award signed by all the arbitrators.

In both cases, the arbitrators are obliged to draft their own motivated opinion, either in the same minutes, or in separate minutes (Article 1238 of the NCPC).

Also, the award is in principle confidential, except as otherwise agreed between the parties.

2. Enforcement

2.1. Enforcement of domestic awards

Pursuant to article 1249 NCPC, the arbitral tribunal may order the provisional enforcement of its award which becomes enforceable through order of the President of the District Court of Luxembourg, notwithstanding any procedure of appeal. To that end the award has to be deposited at the tribunal registry, the costs of the deposit being incurred by the parties.

---

[21] Court of Appeal, 9 February 2000.

2.2. Enforcement of foreign awards

Foreign awards are subject to a procedure similar as the procedure for domestic awards. The exequatur has to be addressed to the District Court under whose jurisdiction the person that the exequatur shall be applied against lives. If that person has neither domicile nor residence in Luxembourg it shall be addressed to the District Court under whose jurisdiction the sentence will be executed. The applicant must chose residence in Luxembourg.

His request to the District Court must contain the originals or authentic copies of the award as well as the arbitration agreement.

Nonetheless, and subject to the provisions of international conventions Luxembourg is a party to, a Luxembourg judge may refuse the exequatur on three grounds:

a) If the award can still be contested before the arbitrators and the arbitrators have not ordered its provisional enforcement;

b) If the award violates public policy or relates to a matter that is not freely disposable;

c) If there exist grounds for annulment according to Article 1244 NCPC (numbers 3 to 12).

In accordance with an interpretation given by the Luxembourg Court of Appeal this means that those three grounds only apply if no international convention is applicable. Indeed, Luxembourg is a member to the New York Convention, which has lead Luxembourg courts to state, in a case concerning the exequatur of a foreign award emanating from another State party to the New York Convention, that the only grounds for refusing exequatur are those listed in Article V of the Convention.[22]

3. Challenge and revision of the award

3.1. Challenge of the award

a. rounds for challenging awards

Appeal against an arbitral award is not possible under Luxembourg law. The only way to challenge an award is the annulment procedure laid down in Article 1244 of the

[22] Court of Appeal, 28 January 1999.

NCPC, which does not go against the award itself, but the enforcement order of the President of the District Court of Luxembourg.

Article 1244 of the NCCP provides for an exhaustive list of grounds for annulment:

a) The arbitral award is contrary to public policy;

b) The dispute cannot be settled by way of arbitration;

c) The tribunal has exceeded its power or its jurisdiction (*ultra petita*);

d) The tribunal has omitted to settle one or more issues inextricably linked to the settled issues;

e) The tribunal has not been regularly constituted;

f) Violation of the rights of the defence;

g) A lack of motivation of arbitral award, unless the parties expressly agreed on an exemption to motivate the award;

h) Contradictions in the award;

i) The award is obtained by fraud;

j) The award is based upon evidence that has been declared false by virtue of a court decision which is irrevocable, or based upon evidence that has been recognised to be false;

k) A party has concealed evidence which would have influenced the arbitrators' decision.

With regards to the contractual nature of arbitration agreements, other grounds for annulment can be found in general contract law, such as not meeting the requirements of article 1108 of the CC.

b. Proceedings

Seeing as how the annulment proceedings are directed against the order of the President of the District Court enforcing the award and not the award itself, the annulment only

becomes possible once the President has passed the order. Therefore it is only after the arbitral proceedings are finished and the award is no longer challengeable before the arbitrators that a party can file for annulment. These annulment proceedings must be initiated within a month of the end of the arbitral proceedings and must contain all the grounds for annulment if they're already known.

3.2. Revision of the award

Luxembourg law does not foresee any procedure for the revision of an arbitral award. However, if the arbitral tribunal omitted to pronounce itself on certain points that are separable from the ones it pronounced itself on in the award and even though the time limit has been exceeded, the Court can return the parties before the arbitral tribunal (article 1248 NCPC).

I. Costs and expenses

The evaluation of the costs and expenses encountered with regard to the award and their attribution to either one party or both is left at the sole discretion of the arbitrator seeing as there are no specific provisions on the matter under Luxembourg law.

IV. The Center of Arbitration of the Luxembourg Chamber of Commerce: Luxembourg's arbitral institution

Created in 1987, the Center of Arbitration of the Luxembourg Chamber of Commerce (the «LCC») operates under the control of an Arbitration Council (the «Council») constituted of five members, including the President of the Luxembourg National Committee of the International Chamber of Commerce as president, the Luxembourgish member of the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, the President of the Luxembourg Bar Association, the General Director of the LCC and the President of the Institute of Registered Auditors.

Even though the Center has its own rules of arbitration, it also makes its secretariat available to parties who wish to settle their disputes according to the rules of arbitration of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.

According to the rules of the LCC arbitration shall be fixed at the LCC and the disputes may be settled by a sole arbitrator or by three arbitrators. In both cases, the parties shall notify their arbitrator(s) for confirmation by the Council. In the case of a panel of three arbitrators, the two arbitrators nominate a third one to act as chairman

to be confirmed by the Council, unless they do not reach an agreement in which case, the Council will appoint the chairman.

If the parties wish to challenge one of the arbitrators, they shall submit their grounds to the Council which will make a final decision.

Also, Article 8 of the rules permits arbitral proceedings *in absentia* in cases where one of the parties refuses or fails to take part in the proceedings.

In addition the rules allow the parties to apply to a competent judicial authority for conservatory or interim measures, so long as they do not infringe the agreement to arbitrate or affect the relevant powers reserved to the arbitrator and fixe the time limit for proceedings at six months, subject to extension if agreed upon by the Council.

Finally, the arbitrators shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear the costs or in what proportions the costs shall be borne by the parties. These include the arbitrators' fees and expenses, the administrative costs, the fees and expenses of any experts, and the legal costs incurred by the parties. The statement of costs are submitted to the Council for approval, which shall ensure that the costs are fixed within reasonable limits having regard to the nature of the dispute and the degree of difficulty of the problems which it raises. The Council may even establish scales of costs and fees.

All in all Luxembourg based arbitration be it *ad hoc* or institutional has several undeniable advantages. The Luxembourg legislation definitely creates a favorable environment for domestic as well as international arbitration and certain particularities of Luxembourg: its multilingual and multicultural environment as well as its practitioners raised in several different legal backgrounds and Luxembourg's long standing tradition of neutrality, only add to its attractiveness as a seat of international commercial arbitration or having Luxembourg law governing the trial.

Países Bajos (Netherlands)

Margriet de Boer
Rogier Schellaars

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in the Netherlands.— II. Sources of the Law of International arbitration.— 2.1. Domestic sources.— 2.2. International sources.— III. The election of the Netherlands as seat of arbitration.— 3.1. The arbitration agreement.— 3.1.1. Validity of the arbitration agreement.— 3.1.1.1. Formal validity.— 3.1.1.2. Substantive validity and arbitrability.— 3.1.2. Separability of the arbitration agreement.— 3.1.3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— 3.2. The arbitral tribunal.— 3.2.1. Composition and constitution of the arbitral tribunal.— 3.2.2. Independence and impartiality of arbitrators.— 3.2.3. Challenge of an arbitrator.— 3.3. The arbitral procedure.— 3.3.1. Procedural rules.— 3.3.2. Law governing the arbitral procedure.— 3.3.3. Right to be heard and right to equal treatment.— 3.3.4. Taking of evidence.— 3.3.5. Provisional measures.— 3.4. Provisional measures.— 3.4.1. Jurisdiction to pronounce provisional measures.— 3.4.2. Type of provisional measures.— 3.4.3. Challenge and appeal against provisional measures.— 3.4.4. Enforcement of provisional measures.— 3.5. Law governing the merits of the case.— 3.5.1. Choice of law by the parties.— 3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of a choice by the parties.— 3.5.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— 3.6. The award.— 3.7. Challenge and revision of the award.— 3.7.1. Challenge of the award.— 3.7.1.1. Grounds for challenging awards.— 3.7.1.2. Proceedings.— 3.7.2. Revision of the award.— 3.7.2.1. Grounds for revision.— 3.7.2.2. Proceedings.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in the Netherlands

The Dutch legal framework for arbitration can be found in the Dutch Arbitration Act of 1 December 1986, which is incorporated in Book 4 (*i.e.*, articles 1022-1077)

of the Dutch Code of Civil Procedure («*DCCP*»).[1] Although a considerable part of the arbitration act is of a mandatory nature, party autonomy on various procedural arrangements and options is broad. The wide scope for exercising this party autonomy has been affirmed, recently, in a proposal for amendment of the Dutch Arbitration Act.[2]

Over the past decade, arbitration has increasingly been applied and viewed as a credible and trustworthy alternative to litigation in the State courts. The general climate for (international) arbitration in the Netherlands is characterised as friendly and benefits from consistent support by the Dutch government and a professional and well regarded judiciary. The Peace Palace in The Hague is available for hearings in, and administration of, arbitrations and is considered to be a good seat and venue for international arbitrations by both parties and arbitral tribunals. In recent years, the Dutch Supreme Court has consistently disapproved of undue intervention in arbitral proceedings and awards. Consequently, setting aside of arbitral awards remains highly exceptional. In addition, the Supreme Court has held, explicitly, that proceedings to set aside arbitral awards may not be used as a *de facto* appeal on the merits and that the public interest in the effectiveness of arbitration requires that a court only sets aside an arbitral award in clear-cut cases.

The best-known and the only general arbitration institution in the Netherlands is the Netherlands Arbitration Institute («*NAI*»). The NAI administers both national and international arbitral proceedings in a wide range of fields. The NAI accepts cases dealing with all subject matters. In addition, ICC Arbitration is also well known in The Netherlands and there are a number of active and specialised arbitration institutions, which institutions focus on arbitrations related to specific industries. Truly international arbitrations with a seat of arbitration in the Netherlands are mostly conducted under the arbitration rules of either the International Chamber of Commerce, UNCITRAL or the NAI. The NAI also administers UNCITRAL arbitrations, as does the Permanent Court of Arbitration in The Hague.

II. Sources of the Law of International Arbitration

2.1. Domestic sources

The greater part of the Dutch Arbitration Act (Title 1 of Book IV; articles 1020 to 1075 DCCP) involves arbitration in the Netherlands. Only a few provisions (Title 2

---

1 Act of 2 July 1986, Staatsblad 1986, 372.

2 See http://www.internetconsultatie.nl/herzieningarbitragerecht.

of Book IV; articles 1074 to 1076 DCCP) deal with arbitration outside the Netherlands. Title 1 of Book IV applies if the place of arbitration is located in the Netherlands (article 1073 DCCP). Article 1073 DCCP is a provision of mandatory law. If the place of arbitration is situated in the Netherlands, international arbitrations, with one or more parties having their residence outside the Netherlands, are governed by the same rules as domestic arbitrations.

The Ministry of Justice has requested a working party, chaired by Professor Albert Jan van den Berg, to draft a proposal for amendments to the Arbitration Act.[3] The proposal has been published and presented on a symposium in 2005 and constitutes of a complete draft bill with explanatory notes. The text has been submitted to the Ministry of Justice on 21 December 2006. On 31 October 2011, the Minister of Justice has informed Parliament of his intention to bring a new arbitration act into force by 1 January 2014.[4] A draft bill for the revision of the arbitration act was published in March 2012.[5] Stakeholders were invited to comment on this draft bill before 1 June 2012. The draft bill, which is expected to be submitted to the Parliament in the course of 2013, does not contain radical changes in Dutch Arbitration Law, but is aimed at reducing barriers to arbitration in general by enhancing the efficiency and flexibility of the arbitral process, by reducing state court intervention and by maximising party autonomy. One of the proposals made to increase efficiency is to limit the proceedings for setting aside and enforcement of arbitral awards to one fact-finding instance, and not multiple instances, as is the current practice.

2.2. International sources

The Dutch government and Dutch jurists have made considerable contributions to the development of treaties and international rules and regulations dealing with arbitration. The main international sources for arbitration in the Netherlands are the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards («*New York Convention*»)[6] and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States («*ICSID Convention*»).[7] In addition, many provisions of the Dutch Arbitration Act were inspired by the UNCITRAL Model Law.

---

3 «Tekst van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv», Tijdschrift voor Arbitrage 2005, 36. Detailed information (in Dutch) regarding the proposal can be found on www.arbitragewet.nl.

4 See http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/31/innovatieagenda-rechtsbestel.html, § 019.

5 See http://www.internetconsultatie.nl/herzieningarbitragerecht.

6 See http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

7 See http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp.

The role of EU law in the field of arbitration is in practice fairly limited because arbitration is one of the subjects that is, at least currently, excluded from the scope of application of both the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters («*Brussels Convention*») and EC Regulation n.° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters («*Brussels I Regulation*»), which instruments lay down common rules on jurisdiction and the enforcement of judgments. The European Commission is, however, working on an amendment of the Brussels I Regulation which is likely to result in certain arbitration-related issues to be governed by this regulation in the future.[8]

III. The election of the Netherlands as seat of arbitration

3.1. The arbitration agreement

Article 1020(1) DCCP provides that submission of a dispute to arbitration requires an agreement to arbitrate, which is generally referred to as an arbitration agreement. Articles 1020(1) and 1020(2) DCCP define the arbitration agreement as the agreement by which parties bind themselves to submit to arbitration either an existing dispute between them or disputes which may arise between them in the future our of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may thus take the form of an arbitration clause in a contract, for example, referring possible future disputes arising out of that contract to arbitration, but it can also take the form of a submission agreement (referred to under Dutch law as *compromis*), in which the parties agree to submit an existing dispute between them to arbitration. Arbitration rules to which an arbitration agreement refers, are deemed to form an integral part of that arbitration agreement (article 1020(6) DCCP).

3.1.1. Validity of the arbitration agreement

3.1.1.1. Formal validity

Strictly speaking, Dutch law stipulates no requirements of form in respect of arbitration agreements. An arbitration agreement can therefore be concluded orally or even be implied in an established trade usage. However, article 1021 DCCP provides that if the arbitration agreement is (timely) contested, it can only be proven by an

---

[8] See VLEK, J.F. «Aanzet tot herschikking EEX: het voorstel van de Commissie». *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* n.° 2011/6892; HAERSOLTE VAN-VAN HOF, J.J. «De voorgestelde aanpassing van de arbitrage-exceptie in de EEX-Verordening». *Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie* n.° 2011/6892.

instrument in writing. For this purpose, an instrument in writing which provides for arbitration, or which refers to standard conditions providing for arbitration, is sufficient, provided that this instrument is expressly or implicitly accepted by or on behalf of the other party. Article 1021 DCCP also provides that an arbitration agreement may also be proven by electronic means, pursuant to the implementation of the Directive on Electronic Commerce in the Internal Market.[9]

3.1.1.2. Substantive validity and arbitrability

In addition to the general provisions in articles 1020(1) and 1020(2) DCCP for the submission of existing or future *disputes* to arbitration, article 1020(4) DCCP provides for the possibility to submit to arbitration:

(a) only the determination of the quality or condition of goods,

(b) only the determination of the amount of damages or of a monetary debt, and

(c) the supplementation or amendment of a legal relationship arising from agreement or otherwise («filling of gaps»).

The submission to arbitration of only these particular determinations or the supplementation or amendment requires an explicit agreement. A «regular» arbitration agreement providing for the submission of disputes to arbitration as such does not provide an arbitral tribunal with the required jurisdiction to exclusively provide (*i.e.*, outside the context of a dispute) determinations, supplements or amendments as meant by article 1020(4) DCCP.

All subject matters may be referred to arbitration, unless this would lead to legal consequences which parties may not freely dispose of (article 1020(3) DCCP). This involves the legal consequences in respect of which the legislature or the courts through case law have determined that these may only be ascertained by State courts. This exclusive jurisdiction of the State courts comprises subjects in which dispute resolution results in a ruling that has legal effect in relation to non-parties (*erga omnes*), and thus, not just to the parties to the arbitral proceedings. By their nature, such rulings cannot be rendered by arbitrators because an arbitral award can only have binding effect on parties that agreed to arbitration. Generally speaking, most commercial issues can be submitted to arbitration. Restrictions may apply in cases concerning, amongst others, family law (*e.g.*, divorce, adoption and family supervision), intellectual property rights, bankruptcy law and company law. Current

[9] Directive n.° 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular, electronic commerce.

case law supports the position that rulings regarding the legal validity of decisions and resolutions of legal entities are, by their nature, deemed to apply *erga omnes* and, therefore, the State court's jurisdiction to rule on this validity is exclusive (albeit that this is a matter that attracts considerable academic debate).[10]

Furthermore, there are also subjects that require the exercise of coercive powers attributed, exclusively, to the State including notably the involvement of bailiffs or the police. These matters are, in principle, also subject to the exclusive jurisdiction of the State courts. Examples include the (effectuation of) requests for protective measures (such as a prejudgment attachment), requests to hear reluctant witnesses and claims for committal due to failure to comply with a judicial order.

Further, non arbitrability applies to subjects that are deemed to be so important that dispute resolution is exclusively reserved for the State courts. This usually regards subjects directly or indirectly involving third-party interests. Examples include dispute settlement schemes in mass tort cases, inquiries into company affairs (*enquête*) and class actions. Although in the past, there has been debate whether disputes regarding leases can be submitted to arbitration, there is now a growing consensus that this is possible.[11]

3.1.2. Separability of the arbitration agreement

Article 1053 DCCP lays down the principle of separability of the arbitration agreement. The first sentence of article 1053 DCCP provides that the agreement to arbitrate has to be considered and decided upon as a separate agreement. The second sentence of article 1053 DCCP states that the arbitral tribunal has the power to decide on the validity of the contract of which the agreement to arbitrate forms a part or to which the arbitration agreement relates.

The separability (also referred to as the autonomy) of the arbitration agreement entails that the arbitral tribunal has to decide on the validity of the main contract separately from the validity of the arbitration agreement concluded in relation to and/or included in the main contract. The essential function of the principle of separability is evident and in line with international practice: it prevents the tribunal from undermining its own jurisdiction by declaring the main agreement null and void, terminated or, otherwise invalid, and thus, ensures that an arbitral award holding that the main contract is invalid, is considered valid.

---

10 *Hoge Raad*, 10 November 2006, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2007, 561.

11 SNIJDERS, H.J. *Burgerlijke Rechtsvordering Boek IV Arbitrage*. Kluwer, 2006, article 1020 DCCP, note 5(e).

3.1.3. Extension of the arbitration agreement to third parties

Under certain circumstances, Dutch law allows an arbitral tribunal to assume jurisdiction over individuals or entities who are not themselves party to an arbitration agreement. A legal successor is bound by an arbitration agreement concluded a legal predecessor, insofar as it concerns the right or obligation in which he has succeeded its predecessor. Examples of this are transfers of claims, debts or contracts. Furthermore, an arbitration clause in articles of association or regulations is held to binding on all who are bound by these articles of association or regulations.

There are also several ways in which third parties may become a participant in an arbitration. Article 1045 DCCP provides the basis for the intervention of a third party in an arbitration between two other parties. This intervention can either be voluntary, by means of joinder (*voeging*) or intervention (*tussenkomst*), or a party may be forced to participate in the arbitration with a view to indemnify (*vrijwaren*) one of the parties in the arbitration (mostly the respondent). A third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, may request the arbitral tribunal to join the proceedings or to intervene therein. An imminent loss of rights, a prejudice or the risk of conflicting decisions will usually qualify as such an interest in the outcome of the arbitral proceedings. The difference between joinder and intervention is to be found in the nature of this interest. If the third party wishes to take its own position in the proceedings, exercise its own rights or institute its own claims (for example, if a third party claims to be the owner in proceedings between two other parties with respect to a right of ownership), the third party needs to intervene. If the third party does not wish to take its own position, but only wishes to support one or more parties (on the same side) in the arbitration in its claim or defence (*e.g.*, a guarantor who wants to assist its debtor in the arbitral proceedings), it needs to join the proceedings. Unlike the joinder or intervention of a third party, the initiative of a claim for indemnity comes from one of the parties in the arbitration. If, for example, the respondent is a contractor who is confronted with a claim of the principal, the contractor may be indemnified by a subcontractor and seek to ensure the joinder of the subcontractor.

According to article 1045(3) DCCP, the participation of a third party in the arbitral proceedings requires that the third party accedes to the arbitration agreement between the parties in the arbitration in writing. The arbitral tribunal must also hear the parties before taking a decision as to whether a third party will be allowed to participate in the proceedings. Even if all applicable conditions have been satisfied, the arbitral tribunal may still refuse a third-party's participation in the proceedings, for instance if an intervention will cause unacceptable delay to the main proceedings or if permitting, it will unduly complicate the proceedings.

If the arbitral tribunal permits the participation of a third party, the third party becomes party to the arbitral proceedings (article 1045(4) DCCP).

3.1.4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of Kompetenz-Kompetenz)

The internationally accepted principle of *Kompetenz-Kompetenz*, *i.e.*, that the arbitral tribunal has the power to decide on its own jurisdiction, is laid down in article 1052(1) DCCP. Irrespective of the applicable decision making standard, the *communis opinio* is that the arbitral tribunal must always decide on its jurisdiction in accordance with the rules of law.[12] The principle of *competence-competence* prevents a party from being able to intentionally delay the arbitral proceedings by challenging the jurisdiction of the tribunal before the courts. The parties will, thus, first have to await the tribunal's decision on its jurisdiction before being able to challenge the tribunal's competence before the courts.[13]

According to article 1052(2) DCCP, a plea of lack of jurisdiction on the ground that there is no valid arbitration agreement, must be raised before submitting any defence on the merits. A decision of the arbitral tribunal that it does not have jurisdiction is final and implies that the court shall have jurisdiction, unless parties have agreed otherwise (article 1052(5) DCCP). A decision of the arbitral tribunal that it does have jurisdiction may be challenged after the final award is rendered (article 1052(4) DCCP). To this effect, the relevant party may institute court proceedings for setting aside the award on the basis that a valid arbitration agreement is lacking. The issue could possibly also be addressed in exequatur proceedings.

It is a matter of discussion whether or not a declaration by the tribunal that it lacks jurisdiction can be given in the form of an arbitral award. An argument pleading against this is that it would be illogical to assume that a valid arbitral award can be rendered when the decision of the arbitral tribunal implies the exact opposite, *i.e.*, that the tribunal lacks jurisdiction and hence, is not competent to render an award. A practical argument pleading in favour of this is that the respondent who successfully

---

12 SNIJDERS, H.J. *Op. cit.*, article 1052 DCCP, note 1.

13 In two different cases in which the claimant had initiated both arbitral proceedings and proceedings before a State court, the The Hague District Court and the Groningen District Court ruled that the principle of competence-competence entails that the court has to refrain from a decision on its competence to hear the claim for as long as the dispute is pending before an arbitral tribunal. In both cases the claimant had chosen to initiate the arbitral proceedings prior to addressing the State courts. See Groningen District Court, 13 October 2004, *Bouwrecht* 2005, 162 and *Tijdschrift voor Arbitrage* 2006, 51, pp. 144-145; The Hague District Court, 19 May 2004, *Bouwrecht* 2004, 632.

raises a plea as to lack of jurisdiction of the tribunal will feel the need for an enforceable award insofar as the decision as to costs is concerned. In practice, most arbitral tribunals seem to adopt the practical approach by simply giving the declaration in the form of an arbitral award. On point case law from Dutch State courts is not available.

3.2. The arbitral tribunal

3.2.1. Composition and constitution of the arbitral tribunal

The DCCP allows parties a great deal of autonomy with regard to the (method of) appointment of the arbitral tribunal. Parties may appoint as arbitrator any natural person of legal capacity. Unless the parties have agreed otherwise, no person shall be precluded from appointment by reason of his nationality (article 1023 DCCP).

The parties are free to agree on the number of arbitrators. However, the total number of arbitrators should always be odd (being understood that the tribunal may also consist of only one arbitrator; see article 1026(1) DCCP). If the parties have agreed upon an even number of arbitrators, then these arbitrators, or, in the case of disagreement between them, the President of the District Court as interim provision judge, will appoint an additional arbitrator to chair the tribunal (articles 1026(3) and 1026(4) DCCP). An arbitral award rendered by an even number of arbitrators can be set aside on the ground that it violates public policy (see also section 3.7.1 below). The President of the District Court as interim provision judge shall, at the request of either party, determine the number of arbitrators if the parties have not agreed thereon, or if the agreed method of determining that number is not carried out and the parties cannot reach agreement on the number (article 1026(2) DCCP).

The parties may also agree on the method of appointment of the arbitrators (article 1027(1) DCCP). The arbitration agreement may stipulate that a third party will appoint the arbitrators. However, the arbitration agreement cannot give one of the parties a privileged position with regard to the appointment of arbitrators. In such case, the counterparty may request the President of the District Court, within one month after the commencement of the arbitration, to appoint the arbitrator or arbitrators (article 1028 DCCP).

If the appointment is not made within the applicable time limit (two months, or three months if one of the parties is domiciled or has his actual residence outside of the Netherlands), the arbitrator or arbitrators shall, at the request of either party, be appointed by the President of the District Court. The parties are, however, free to agree upon the application of different time limits (article 1027(2) and 1027(3) DCCP).

3.2.2. Independence and impartiality of arbitrators

It is a general rule in (international) arbitration that all the arbitrators, including those chosen or appointed by the parties, must be impartial towards the parties and carry out their functions impartially and without bias. This rule is implied in article 1033(1) DCCP, which provides that an arbitrator can be challenged if there is justifiable doubt as to his impartiality or independence. The same applies for a secretary to the arbitral tribunal. A (prospective) arbitrator who presumes that he could be challenged, is obliged to disclose this and mention the reasons for a possible challenge (article 1034(1) DCCP).

The DCCP does not provide any guidance as to when an arbitrator is to be considered not or no longer impartial and independent. According to standard case law in the Netherlands the *outward appearance of partiality* may be relevant when establishing whether there is sufficient cause to challenge an arbitrator. In order to define the concepts of impartiality and independence, the so-called *Leidraad on partijdigheid van de rechter*[14] which document contains rules on impartiality and independence of members of the Dutch judiciary or the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration[15] may be applied or used for guidance. Although these IBA Guidelines have no binding effect, they are relied upon in arbitrations and court proceedings and there seems to be a tendency to rely on these guidelines for establishing good practice in international arbitration.

An arbitrator must not only be impartial and independent at the outset of the arbitration, but must ensure that he remains impartial and independent during the arbitral proceedings. An arbitrator may not show prejudice, for example by disclosing his view on the merits of the case prior to his appointment or even at the start of a hearing. According to case law of the Dutch Supreme Court,[16] the rules of impartiality and independence demand that an arbitrator does not engage in gathering evidence without involving the parties to the arbitral proceedings. The Supreme Court has also held that arbitrators should in principle restrict themselves to the examination of evidence. They may use their specific expertise to resolve the dispute, but if this were to require them to conduct their own inquiry, they may only do so if the parties have given them explicit permission to base their judgments on their own findings. If an arbitrator himself conducts an examination of the facts, he may later have to weigh his own conclusion against those of a party-appointed expert contesting the validity

---

14 See http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Pages/Leidraad-onpartijdigheid-van-de-rechter.aspx.

15 See www.ibanet.org.

16 HR 29 June 2007, NJ 2008, 177. See for a discussion of this judgment also *Global Arbitration Review*, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2008, p. 56.

of the findings of the arbitrator. Such party may justifiably doubt that the arbitrator will be impartial towards the conclusions of the party-appointed expert. As a result of this second Supreme Court judgment, arbitrators —and especially arbitrators who have been selected and appointed for their specific expertise— may only conduct their own inquiry with the explicit approval of the parties. Failing such approval, the impartiality and independence of the investigation arbitrator is at stake.

An arbitrator should also avoid having a direct personal or professional interest in the outcome of a case. Such interest —or at least the appearance thereof— is amongst others assumed, if the arbitrator is simultaneously acting as counsel in proceedings in which the same or similar issues are at stake. There is an obvious risk that the arbitrator may be reluctant to decide contrary to the position that he is defending as counsel in other proceedings. To put it differently, there is a risk that the arbitrator may be inclined to generate case law in favour of his client.[17] On the other hand, no outward appearance of partiality is assumed if the arbitrator has previously acted as counsel in proceedings in which the same issues were at stake, but has in the meantime withdrawn from that case. Case law seems to indicate that a prospective arbitrator can regain his impartiality by withdrawing as counsel from the conflicting case.[18]

3.2.3. Challenge of an arbitrator

As stated above, an arbitrator can be challenged if there is justifiable doubt as to his impartiality or independence (article 1033(1) DCCP). The party who appointed a certain arbitrator can only challenge this arbitrator for reasons which became known to that party after the appointment of the arbitrator (article 1033(2) DCCP). If the arbitrator was appointed by a third party (for example an arbitration institute) or by the President of the District Court, a party may not challenge the arbitrator if the party resigned himself to the appointment, unless the party became aware of the grounds for challenging the arbitrator after his appointment (article 1033(3) DCCP).

The procedure for challenging an arbitrator is set out in article 1035 DCCP. The challenge shall be notified in writing by the challenging party to the challenged arbitrator, the other members of the arbitral tribunal, the other party, and, if applicable, the authority that appointed the challenged arbitrator. The notification must include the grounds for the challenge. The arbitral tribunal may suspend the arbitral proceedings as of the date of receipt of the challenge (article 1035(1) DCCP).

---

[17] President of The Hague District Court 18 October 2004, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2005, 51, pp. 106-109.

[18] President of The Hague District Court 5 October 2004, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2005, 52, pp. 109-111.

If the challenged arbitrator does not withdraw within two weeks[19] after the day of receipt of the notification, the President of the District Court as interim provision judge will determine, at the request of either party, whether the challenge is justified (article 1035(2) DCCP). This request to the President of the District Court must be made within four weeks[20] after the day of receipt of the notification (article 1035(2) DCCP). The right to challenge is forfeited if this request is not made within the applicable time limit. If the challenged arbitrator withdraws, or if the challenge is upheld by the President of the District Court, the arbitrator shall be replaced in accordance with the rules that applied to his appointment, unless the parties have agreed otherwise (article 1035(3) DCCP). The decision on a challenge from the President of the District Court is not subject to appeal (article 1070 DCCP).

3.3. The arbitral procedure

3.3.1. Procedural rules

The procedure of arbitration is mostly governed by articles 1036 to 1048 DCCP. These articles apply if the place of arbitration is located in the Netherlands. They provide general rules which leave much room for the parties to agree on the way the procedure is to be conducted. In most cases, parties do so by referring in the arbitration agreement to the rules of one of the recognised arbitration institutes. Insofar a procedural issue is not decided by articles 1036 to 1048 DCCP and the agreement made by the parties; it may be decided by the arbitral tribunal (article 1036 DCCP).

3.3.2. Law governing the arbitral procedure

The place of arbitration law determines the law governing the arbitral procedure. If the arbitration is seated in the Netherlands, article 1073(1) DCCP provides that Title 1 of Book IV DCCP (articles 1020 to 1073 DCCP) applies. This is a mandatory rule and the parties may thus not deviate from this provision by agreement. Whether domestic or international arbitration is involved is irrelevant. An international arbitration only involving foreign parties is therefore subject to Dutch arbitration law if the place of arbitration is situated in the Netherlands.

3.3.3. Right to be heard and right to equal treatment

Article 1039(1) DCCP lays down two basic procedural principles of due process that the arbitral tribunal must apply, *i.e.,* the principle of equal treatment of the parties

---

[19] According to article 1035(4) DCCP, this period is six weeks if the challenged arbitrator or either of the parties is domiciled or resides outside the Netherlands.

[20] According to article 1035(4) DCCP, this period is eight weeks if the challenged arbitrator or either of the parties is domiciled or resides outside the Netherlands.

and the obligation to give each party an opportunity to substantiate its claims and to present its case (the principle of hearing both sides or *audite et alteram partem*). The principle of equal treatment entails that both parties will have to be heard to the same extent. The principle of hearing both sides involves the parties' right to be notified of the other party's claims and their substantiation, to respond to statements of the other party and to express their views on the information on which the award will be based. A substantial violation of the principle of equal treatment and hearing both sides may result in the award being set aside (article 1065(1)(e) DCCP) and in refusal of the recognition and enforcement (article 1063(1) and 1076 DCCP), on the basis that the manner in which the award was made violates public policy (see also sections 3.7.1 and IV below).[21]

Article 1039(2) DCCP lays down the parties' right to present their case and to elaborate on their contentions during a hearing. The article is of mandatory law and provides that the arbitral tribunal shall give the parties the opportunity to give an oral explanation of their contentions, either at the request of one of the parties or on its own accord. The parties may renounce their right to a hearing, but this renunciation should be explicit and unambiguous and can only be done after the commencement of the arbitration. Given the mandatory nature of article 1039(2) DCCP, the parties cannot renounce their right to a hearing prior to the commencement of the arbitration.

3.3.4. Taking of evidence

The rules of evidence to be applied in the arbitral procedure are at the discretion of the arbitral tribunal, unless the parties have agreed otherwise (article 1039(5) DCCP). As a general rule, the arbitral tribunal is free to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence as well as the allocation of the burden of proof, and is not bound by the (formal) rules of evidence that apply in state court proceedings in the Netherlands. However, it is generally accepted that there is one exception to this rule under Dutch Arbitration Law, and that such arbitral tribunals should apply the same rules of evidence as a court would apply when deciding on its competence and, hence, on the validity of the arbitration agreement.[22]

The rules for production of evidence in general leave considerable scope for party agreement or, insofar an issue is not governed by party agreement, the

---

[21] *Hoge Raad*, 25 May 2007, *Nederlandse Jurisprudentie* 2007, 294.

[22] Snijders, H.J. *Op. cit.*, article 1039 DCCP, note 5. See also Fung Fen Chung, C.S.K. *Bewijsmiddelen in het arbitraal geding*, SDU, 2004, pp. 76 *et seq.*, who is not convinced that arbitrators, when deciding a plea as to lack of jurisdiction, are required to apply the same rules of evidence as a court would apply in determining the existence and validity of the arbitration agreement.

discretion of the arbitral tribunal. The arbitral tribunal has a discretionary power to permit parties to hear witnesses and experts (article 1039(3) DCCP). The arbitral tribunal will usually allow a request for the hearing of witnesses and/or experts. Arbitral tribunals may also decide to hear witnesses or experts on their own motion, but rarely do so. The procedure for questioning witnesses is left to the arrangements made by the parties, or in the absence of such arrangements, the discretion of the arbitral tribunal. The result of this is often that, in line with procedural arrangements in Dutch State court proceedings, the witnesses are questioned by the arbitrators and after arbitrators have finished, by the parties. Cross-examination is a rare feature in domestic arbitrations, but more common in international arbitrations seated in the Netherlands and involving parties domiciled in jurisdictions in which cross-examination is common.

The arbitral tribunal may order parties to disclose documents (article 1039(4) DCCP). Dutch arbitrators tend to be cautious in allowing broad orders for disclosure of documents, let alone for discovery of documents. Arbitrators often follow the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, either as guidance or by application if the parties have agreed thereto.[23]

3.3.5. Provisional measures

Provisional measures are often sought and granted in the proceedings before the Dutch State courts. This has influenced the proliferation of provisional measures within arbitrations seated in the Netherlands and has also resulted in a liberal interpretation of the notion «provisional». Consequently, litigants may exercise a number of options to seek provisional measures and such measures need not be *per* se provisional in the sense that they may not have irreversible consequences.

A notable feature of Dutch Arbitration Law is that provision is made for so-called summary arbitral proceedings (*arbitraal kort geding*). This procedural instrument is styled in the fashion of similar proceedings in the Dutch State courts and provides parties with a means to obtain provisional measures in the form of an award. Summary arbitral proceedings are only available if the parties have agreed include summary arbitral proceedings in their arbitration agreement (which occurs automatically upon application of the NAI Rules, in Dutch seated arbitrations, and may be considered to occur under other, both national and international, arbitration rules as well).[24] Summary arbitral proceedings need to be distinguished from fast track proceedings on the merits.

---

[23] See www.ibanet.org for both the 1999 and 2011 version of these IBA Rules.

[24] Article 1051 DCCP.

3.4. Provisional measures

3.4.1. Jurisdiction to pronounce provisional measures

Jurisdiction to grant provisional measures lies with both the State courts and arbitral tribunals and may take the form of an award, permission (*verlof*) to *e.g.*, seize property or order.

As per article 1022(2) DCCP, State courts hold so-called residual jurisdiction to assist parties and tribunals in granting provisional measures and hold exclusive jurisdiction in respect of provisional measures that require the State's instruments to enforce such as pre-judgement attachments or seizure or property (*conservatoir beslag*).

Prior to the appointment of an arbitral tribunal, the State courts may be addressed to obtain evidentiary relief, such as preliminary witness examinations, preliminary expert reports and/or a preliminary site visit. This is provided in article 1022(3) DCCP. Subsequent to the appointment of the arbitral tribunal, this power vests with the arbitral tribunal.

If the parties have agreed upon arbitral summary proceedings and either of the parties invokes this agreement when the state courts are addressed for assistance in summary proceedings, which is required as per article 1022(2) DCCP, article 1051(2) DCCP regulates jurisdictional matters. If such agreement is invoked, the State courts may still exercise a discretionary power to decline to accept jurisdiction and direct the parties to summary arbitral proceedings.[25] The latter occurs where the matter in dispute requires specific technical or trade expertise or where other considerations are present that compel the State court to decline to hear the case.

The conditions for ordering provisional measures vary. Insofar as measures are derived from practice in the state courts, the conditions exercised in the state courts —for example regarding preliminary witness examinations— are often also applied, or used as reference, by arbitral tribunals.[26]

With respect to summary arbitral proceedings, the tribunal will balance the interests of the parties. As part thereof, a tribunal will have to assess whether the matter at hand requires measures to be taken, urgently (*spoedeisendheid*) in the sense that

---

[25] See, *inter alia*, Amsterdam Court of Appeal, 3 February 2000, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2003, pp. 68-69.

[26] See, recently, NAI 3712 1 October 2011, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2012-1 (published after finalisation of this publication).

proceedings on the merits cannot be awaited, and also whether or not the matter is sufficiently clear to grant measures sought (*i.e.*, not too complex from either the procedural and/or the substantive perspective). This follows from the reference in article 1051(1) DCCP to the standards set out in article 254 DCCP, which regulates summary proceedings in the state courts. Given the reference to article 254 DCCP, the aforementioned conditions of urgency and absence of undue complexity are interpreted liberally.

3.4.2. Type of provisional measures

Provisional measures may take many shapes and forms. This follows from practice in the State courts.

Notable examples of provisional measures include preliminary witness examinations, orders to produce or preserve evidence and order to provide security for costs. Anti-suit injunctions are by and large not permitted in the EU pursuant to the Brussels I Convention and the application of the *Allianz vs. West Tankers* judgement.

In addition, arbitral tribunals acting in summary arbitral proceedings often grant claims to monetary sums (in respect of which the presence of the requisite level of urgency is generally taken to follow from the nature of the claim),[27] and have also been seen to intervention in takeovers and order various forms of specific performance.[28]

3.4.3. Challenge and appeal against provisional measures

In principle, a provisional measure does not affect proceedings on the merits. Consequently, separate or on-going proceedings on the merits offer the route to challenge a provisional measure. In the absence of party agreement, arbitral appeals are not open in summary proceedings.[29]

3.4.4. Enforcement of provisional measures

Provisional measures are typically complied with, due to the fact that parties consider that they can ill afford to be seen by the tribunal not to comply.

If provisional measures take the form of an award, the award may be enforced. This applies in particular to awards in summary arbitral proceedings. It follows from

---

[27] See *e.g.*, NAI 2 December 2003, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2005, pp. 8-11.

[28] See *e.g.*, NAI 27 March 2000, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2001, pp. 8-10.

[29] Article 1050(1) and 1051(3) DCCP and Parliamentary History to these provisions TK 1983-1984, 18.464, n.° 3, 20.

article 1051(3) DCCP that awards rendered in summary proceedings are put on an equal footing with awards in proceedings on the merits and that, consequently, the same conditions for enforceability apply. A party seeking to enforce such a summary arbitral award is at risk of a claim for damages flowing from unlawful enforcement if the summary arbitral award is overturned.

Measures granted by the State courts —which most notably occurs prior to the appointment of the arbitral tribunal and as per article 1022(2) and (3) DCCP may be enforced by application of the State's means to ensure compliance—. In the case of witnesses, this may include action by the police to bring forward a witness. In the case of a seizure of property, including evidence, this entails employing a bailiff, who may, in turn, seek police assistance, to effectuate a measure.

If provisional measures are ordered by a tribunal seated in the Netherlands, they are in principle not enforceable in the Netherlands (as per articles 1062(1) and 1063(1) DCCP). However, if the provisional measures take the form of an arbitral summary award, the summary award may be enforced pursuant to the fact that article 1051(3) determines that the summary award is considered equal to an award on the merits for enforcement purposes. That, however, does not necessarily imply that a foreign court requested to grant an exequatur for a Dutch arbitral award in summary proceedings will consider the award in summary arbitration to meet the requisite finality under the New York Convention. In addition, article 1056 DCCP provides a tribunal with the mandate to grant a penal sum, to ensure compliance with measures taken and this penal sum can be granted upon request of either of the parties and may also apply in some instances to ensure compliance with provisional measures.

Provisional measures ordered by foreign tribunals may be enforced if they qualify for enforcement under the New York Convention of 1958. This will not occur often. Given that the Dutch Arbitration Act permits the application of more favourable conditions applicable to Dutch arbitral award, to foreign arbitral awards, the statements applicable to Dutch arbitral awards may be applicable as well (article 1076 (1) DCCP).

Provisional measures ordered by foreign State courts may qualify for enforcement under the conditions of the EC-Regulation n.° 44/2011 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters or the Brussels Convention of 1968 (see also § 2.3) or Lugano Conventions of 1988. Consequently, enforcement may occur if the decision pursuant to which the measures are ordered is declared enforceable in the EC member State in which they have been ordered.

3.5. Law governing the merits of the case

3.5.1. Choice of law by the parties

Absent agreement to the contrary, the arbitral tribunal decides in accordance with the rules of law (*regelen des rechts*).[30] If the parties have made a choice of law, the arbitral tribunal decides on the basis of the rules of law chosen by the parties.[31]

The parties may also require the tribunal to decide their dispute by application of the alternative decision making standard, *i.e.*, as *amiable compositeurs* (*goede mannen naar billijkheid*).[32] This entails that the tribunal may decline to apply the applicable rules of law in light of considerations of fairness (*billijkheidsgronden*).[33] A tribunal applying this alternative decision making standard may not decide in violation of provisions of public order.[34]

3.5.2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of a choice by the parties

If the parties have not made a choice of law, the arbitral tribunal decides in accordance with the rules of law that it deems applicable.[35] Under Dutch law, the arbitral tribunal is not bound by rules of private international law, but will in practice apply generally accepted rules of private international law in determining which rule of law the tribunal qualifies for application.[36]

3.5.3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (lois de police)

The freedom of the parties and the arbitrators as to the law to be applied is limited by rules of public policy. According to Dutch law, the arbitral tribunal may not decide contrary to public policy. As a result of this, the arbitral tribunal will have to apply mandatory rules of law that are of public policy, even if the arbitral tribunal has to

---

30 Article 1054 (1) DCCP.

31 Article 1054 (3) DCCP.

32 VAN MIERLO, A.I.M., C.J.J.C. VAN NISPEN & M.V. POLAK. *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*. Kluwer, 2010, p. 1491.

33 VAN MIERLO, A.I.M., C.J.J.C. VAN NISPEN & M.V. POLAK. *Op. cit.*, pp.. 1491-1492.

34 The nuance of the application of these two decision making standards under Dutch arbitration law is set out, in detail, in two contributions by MEIJER, G.J. & H.A.M. VAN ROESSEL. «Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid deel I and deel II». *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2010, 12 and 28.

35 Article 1054 (2) DCCP.

36 VAN MIERLO, A.I.M., C.J.J.C. VAN NISPEN & M.V. POLAK. *Op. cit.*, p. 1492. Reference is made to Explanatory Memorandum, Parliamentary History II 1983/84, 18 464, n.° 3, p. 23.

decide as *amiable compositeur*. If an arbitral award violates public policy, enforcement of the award may be refused on the basis of article 1063(1) DCCP (see part IV, below) or the award may be challenged on the basis of article 1065(e) DCCP (see paragraph 3.7.1, below).

An award violates public policy if it is contrary to mandatory law of such fundamental nature that its application must not be impeded by procedural constraints. It is not possible to firmly state which rules are of such fundamental nature and this is also subject of debate. Mandatory rules of public policy might be found in various legal systems potentially applicable in an international arbitration (*e.g.*, the law of the seat, the governing substantive law, the law of a supra-national legal system, and international law) and might apply to both, the procedural and substantive aspects of the arbitration.

A notable example of a violation of public policy of a substantive nature is the incorrect application of or failure to apply EC competition law. In regard to EC competition law, the ECJ determined in the Eco Swiss case[37] that, where domestic rules of procedure require a national court to grant an application for challenge of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy (as article 1065(1)(e) DCCP does), it must also grant such an application where it is based on failure to comply with the prohibition laid down in article 81 EC. The same applies to considerable parts of EC consumer protection law. In the Mostaza Claro case,[38] the European Court of Justice ruled that the Directive concerning unfair terms in consumer contracts must be interpreted as meaning that a national court seized of an action for the challenge of an arbitral award must determine whether the arbitration agreement is void and annul that award where that agreement contains an unfair term, even when the consumer has not pleaded that invalidity in the course of the arbitral proceedings, but only in that of the action for challenge. In these cases, the ECJ has not answered the question whether or not arbitrators breach their mandate by an *ultra vires* award if they were to determine whether the relevant consumer law provisions were violated in the absence of a plea by either of the parties to that effect. It could be argued that it would be a breach of the mandate if the arbitrators did so, and accordingly, would make the award susceptible to challenge on the basis of article 1065(1)(c) DCCP. In our opinion, however, it should be regarded as an intrinsic part of the arbitrators' mandate to *ex officio* apply rules of public policy, and thus, even where parties have argued for the application thereof.

---

[37] ECJ 1 June 1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV*, *European Court Reports* 1999, I-03055; also in *Nederlandse Jurisprudentie*, 2000, 339.

[38] ECJ 26 October 2006, C-168/05 (Elisa María Mostaza Claro vs. Centro Móvil Milenium SL), *European Court reports* 1999, I-10421.

Other examples where an arbitral award will be considered contrary to public policy include an award deciding a dispute which is not capable of being settled by arbitration or an award made in violation of fundamental principles of due process (*e.g.*, the principle of hearing both sides).

Apart from mandatory rules of law that are of public policy, article 1054(4) DCCP provides that the arbitrators must also take into account applicable trade usages. This provision applies irrespective of the applicable decision standard. In this respect, the arbitral tribunal may look, for example, at the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 and the Principles of European Contract Law. However, the requirement that arbitrators «take into account» trade usages does not mean that they are bound by them. As a consequence, an award which does not comply with (international) trade usages cannot be challenged on that ground. Given that even the incorrect application of the applicable law in itself is insufficient to challenge an arbitral award, this holds *a fortiori* true for trade usages, which merely have to be «taken into account».

3.6. The award

Arbitral awards may be qualified in three types: a final award, a partial final award and an interim award.[39] A final award is an award in which the arbitral tribunal has definitely given an award on the claims made in the proceedings (by wholly or partially granting or dismissing the claim). In a partial final award, the arbitral tribunal definitively grants or dismisses part of the claim(s) and postpones the decision on the other part of the claim.[40] In an interim award the arbitral tribunal has not definitely granted or dismissed the claim(s) in the dictum (the operative part of the decision), so the arbitral tribunal has not definitely decided on the case.[41] This distinction is relevant, because it has consequences for the parties' possibilities to lodge an appeal against the award (which is only possible if parties have agreed to the possibility of appeal).[42]

These options are set out in article 1050 DCCP, and apply unless the parties have agreed otherwise.[43] Appeal of a partial final award is only possible together with the last final award. Arbitral appeal of an interim award is only possible together with an arbitral appeal of a (partial) final award.[44]

---

39 Article 1049 DCCP.

40 VAN DER BEND, B., M. LEIJTEN & M. YNZONIDES. *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, KLI, 2009, p. 219.

41 *Ibid.* See article 232 (1) DCCP.

42 Article 1050(1) DCCP.

43 Article 1050 (2) DCCP.

44 Article 1050 (3) DCCP.

Article 1054(1) and (3) DCCP provide that the arbitral tribunal shall make its decision in accordance with the rules of law, unless the parties have instructed the arbitral tribunal to decide as *amiable compositeur*. It is not easy to precisely determine the contours of this second decision making standard. It is generally accepted that in this case, the arbitral tribunal is not bound by mandatory or supplementary rules of law. However, in practice the distinction between the two standards is foremost food for scientific debate. In the majority of cases it is difficult to tell whether the outcome of the case would be different, if the arbitral tribunal would have applied the other standard.

According to Dutch law, the arbitral tribunal may not decide contrary to public policy. As a result of this, even if the arbitral tribunal has to decide as *amiable compositeur* the arbitral tribunal will have to apply mandatory rules of law that are of public policy.[45] If the arbitral tribunal does decide contrary to public policy, this may lead to a refusal to enforce the arbitral award on the basis of article 1063(1) DCCP, as well as to having the award set aside on the basis of article 1065(1)(e) DCCP.

The arbitral tribunal —whether deciding as *amiable compositeur* or in accordance with the rules of law— will have to take into account any applicable trade usage. In this respect, the arbitral tribunal may look at the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004[46] and the Principles of European Contract Law.

The requirement that arbitrators «take into account» trade usages does not mean that they are bound by them. Accordingly, if a tribunal fails to comply with (international) trade usages, the award cannot be set aside on the basis thereof.[47]

An award can be set aside for lack of reasons. However, arbitral award can only be set aside based on this ground, if it contains no reasons at all, and thus, *not* if the reasons given are unsound. State courts are not permitted to review an arbitral award on the merits.[48] In the *Nannini* case, the Supreme Court has complicated the application of this ground for setting aside by ruling that an award that does contain reasons, but in which no convincing explanation for the decision can be ascertained, must be

---

45 ECJ 1 June 1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*), *European Court Reports* 1999, page I-03055; also in: NJ 2000, 339. See for a further discussion also Burg. Rv, 2006 (Snijders, H.J.), article 1054 DCCP, notes 1-4.

46 See www.unidroit.org.

47 Even the incorrect application of applicable law in itself is insufficient to set aside an arbitral award, see HR 22 December 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2008, 4 (Kers/Rijpma) and the comments on article 1065 DCCP in Part III, Chapter 1, so this is *a fortiori* true for the trade usages, which merely have to be «taken into account».

48 HR 25 February 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* 2000, 508 (Benetton III).

equated with an award that does not contain reasons and can, thus, be set aside.[49] This criterion has lead to considerable debate, since it is unclear what is meant by a 'convincing explanation' (*steekhoudende verklaring*).[50] The Nannini-judgement has resulted in an increase of setting aside action. In the subsequent Kers/Rijmpa-case, however, the Supreme Court added that the *Nannini* criterion must be applied with restraint and that the court must only apply it in clear-cut cases. State courts may now only set aside an award if the award contains no reasons at all or if it is so defectively reasoned that it must be equated with an award without reasons.[51] The Supreme Court also ruled that, if the reasoning of the tribunal is based on the wrong rules or an incorrect interpretation of the applicable rules, the award cannot be set aside for that reason, because this does not mean that the award can be put on par with an award that does not contain any reasoning at all.[52]

3.7. Challenge and revision of the award

3.7.1. Challenge of the award

3.7.1.1. Grounds for challenging awards

Article 1065 DCCP lists 5 grounds for setting aside, *i.e.*, challenging, an arbitral award: (a) absence of a valid arbitration agreement, (b) constitution of the arbitral tribunal contrary to the rules applicable thereto, (c) breach of mandate, (d) the arbitral award was not signed by the arbitrators or not reasoned and (e) the award or the manner in which it is realized, is contrary to public policy or good morals.[53] This list is exhaustive.[54] In recent years, the Supreme Court has consistently directed the courts to act with restraint in applying the grounds for setting aside. Proceedings to set aside an award may, thus, not be used as an appeal in disguise. The public interest in the effectiveness of arbitration requires that a court only sets aside in clear-cut cases.[55]

The award can be set aside if the tribunal has declared it has jurisdiction, but there is no valid agreement to arbitrate (*i.e.*, ground (a) in article 1065(1) DCCP).

---

49 HR 9 January 2004, *Nederlandse Jurisprudentie* 2005, 190 (Nannini/SFT).

50 '*Steekhoudend*' also translates as 'sound' and 'well-founded'.

51 HR 22 December 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2008,4 (Kers/Rijpma).

52 See *e.g.*, HR 22 December 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2008,4 (Kers/Rijpma), par. 3.5.

53 Article 1065 (1) DCCP.

54 VAN MIERLO, A.I.M., C.J.J.C. VAN NISPEN & M.V. POLAK. *Op. cit.*, p. 1523. Reference is made to Explanatory Memorandum, Parliamentary History II 1983/84, 18 464, n.° 3, p. 28.

55 See *e.g.*, HR 17 January 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004, 384 (IMS/MODSAF), HR 9 January 2004, *Nederlandse Jurisprudentie* 2005, 190 (Nannini/SFT) and HR 22 December 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

One of the reasons for invalidity of the arbitration agreement involves arbitrability. If an arbitral tribunal renders an award on a matter which is not capable of being settled by arbitration because it concerns legal consequences which may not be freely determined by the parties (article 1020(3) DCCP), the award can be set aside on the ground that the agreement, which referred the dispute to arbitration, was invalid.[56]

The second ground (b) in article 1065(1) pertains to requirements for the constitution of the tribunal, which are determined by the Dutch Arbitration Act and party agreement.[57] If the arbitral tribunal is not constituted in accordance with those requirements, the arbitral award rendered by that tribunal can be set aside. However, if a party participated in the constitution of the arbitral tribunal without complaining that its constitution was not in accordance with the prevailing requirements, that party is barred from applying to have the award set aside on this ground (articles 1065(3) and 1052(3) DCCP).

A tribunal violates its mandate if it awards in excess of, or differently from what was claimed, if it fails to decide on a claim, if it fails to take into account an essential defence, if it violates the agreed procedural rules, or if it decides in accordance with the rules of law instead of as *amiable compositeur* or *vice versa* (*i.e.*, ground (c) in article 1065(1) DCCP).

The award must be signed in accordance with article 1057 DCCP,[58] failing which it can be set aside on the basis of article 1065(1)(d). This rarely provides a ground for setting aside.[59] As stated in more detail above, an award can also be set aside if it does not contain reasons.

A violation of public policy,[60] which is the fifth ground for setting aside and contained in article 1065(1)(e), can pertain to either procedure and/or substance.

As to procedure, an award may be set aside if the manner in which it was made violates public policy. This typically involves violations of fundamental principles of due process and fair trial. In particular, the right to be heard, and/or heard equally, has generated quite some case law in proceedings to set aside an award.

---

56 Parliamentary History TK 1983-1984, 18.464, n.° 3, p. 29.

57 See Part II, Section 3.

58 See article 48, note 1.

59 See for such a rare example: The Hague Court of Appeal, 28 November 2006, www.rechtspraak.nl via LJN: AZ3177, C 2004-1182 (appeal to the Supreme Court pending).

60 The term 'good morals' is a superfluous addition —it offers no addition to what is already covered by 'public policy'—; see Sanders, P. *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en international*. Kluwer, Deventer, 2001, p. 197.

Other examples of situations in which the manner in which the arbitral award was made breach public policy, involve violations of the impartiality and independence that arbitrators are required to observe. An award can only be set aside on this basis, if the claim is based on established facts evidencing that an arbitrator was not impartial or independent when rendering the decision, or when —taking into account the circumstances of the case— there is such severe doubt as to his impartiality or independence, that it would be unacceptable to uphold the arbitral award.[61]

As to substance, an award may be set aside if its contents violates public policy. It violates public policy if it is contrary to mandatory law of such fundamental nature that its application must not be impeded by procedural constraints.[62] A notable example is the incorrect application of or failure to apply EC competition law. In regard of EC competition law, the ECJ determined in the *Eco Swiss* case[63] that, where domestic rules of procedure require a national court to grant an application for setting aside of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy (as article 1065(1)(e) DCCP does), it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in article 81 EC. The same applies to EC consumer law.[64] In the *Mostaza Claro* case the European Court of Justice ruled that the Directive concerning unfair terms in consumer contracts, must be interpreted to mean that a national court seized of an action for setting aside of an arbitration award must determine whether the arbitration agreement is void and annul that award where that agreement contains an unfair term, even when the consumer has only argued the point in an action for setting aside, but failed to do so in the course of the arbitral proceedings.[65] In these cases, the ECJ has not decided whether arbitrators must act *ultra vires* and *ex officio* determine whether the relevant consumer law provisions were violated.[66]

Specific provision is made for partial setting aside. As mentioned, article 1065(5) DCCP provides that if the arbitral tribunal has awarded in excess of, or differently

---

61 HR 18 February 1994, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994, 765 (Nordström/Nievelt); European Commission on Human Rights 27 November 1996, *Nederlandse Jurisprudentie* 1997, 505 (Nordström/Nederland).

62 HR 21 March 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 206 (Benetton/Eco Swiss).

63 ECJ 1 June 1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV*), *European Court Reports* 1999, p. I-03055; also in: *Nederlandse Jurisprudentie* 2000, 339.

64 ECJ 26 October 2006, C-168/05 (Elisa María Mostaza Claro vs. Centro Móvil Milenium SL), *European Court Reports* 1999, p. I-10421.

65 *Ibid.* For an application *ex officio* by an arbitral tribunal, see NAI 3 September 2007, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2008, 3, n.° 6.

66 Dutch courts are required to do so, see *e.g.*, HR 3 December 2004, *Nederlandse Jurisprudentie* 2005, 118 (Vreugdenhil/Floraholland); Amsterdam Court of Appeal, 12 October 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* 2002, 111.

from, what was claimed, the arbitral award shall be partially set aside to the extent that the part of the award, which is in excess of or different from the claim can be separated from the remaining part of the award. Partial setting aside is possible also in the case of application of the other grounds for setting aside. From case law it follows that it is possible to apply to have an arbitral award partially set aside, if the award contains decisions that are not inextricably entwined, so that a certain part of the award can be set aside, while the remainder of the award, not being inseparably connected, can be upheld.[67]

3.7.1.2. Proceedings

A party can submit a claim for challenge of a (partially) final arbitral award that is not, or no longer, open to appeal (*i.e.* the award has become final).[68] This claim must be filed at the registry of the district court where the original award is, or is to be, deposited.[69] The party claiming setting aside has to file the claim for challenge within three months after the day on which the award was deposited.[70] If the arbitral tribunal has failed to decide on one or more matters within its mandate, not being an essential defence by the respondent,[71] parties are obliged to request for a supplementary judgment before being able to submit a claim for challenging the award.[72] Subsequent to requesting such supplementary award, a claim for challenging the award on the ground of the arbitral tribunal not observing its mandate is only possible if the tribunal has either given or refused to give a supplementary judgment.[73] This latter claim is to be submitted within three months after the supplementary judgment was filed at the registry of the district court.[74]

3.7.2. Revision of the award

3.7.2.1. Grounds for revision

Pursuant to article 1068 DCCP, a party can request the revision of an award if (a) the award was wholly or partially based on fraud, which fraud is discovered after the award was rendered, by or with the knowledge of the other party, committed during

67 HR 20 January 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2006, 77 (ASB/Sagro).
68 Article 1064 (1) DCCP.
69 Article 1064 (2) DCCP.
70 Article 1064 (3) DCCP.
71 Van Mierlo, A.I.M., C.J.J.C. Van Nispen & M.V. Polak. *Op. cit.*, p. 1534. Reference is made to Supreme Court 14 February 1997, NJ 1998, 109 (Mannaerts Q.Q./Van Rhienen).
72 Article 1061 (1) DCCP.
73 Article 1065 (6) DCCP, Van Mierlo, A.I.M., C.J.J.C. Van Nispen & M.V. Polak. *Op. cit.*, p. 1534.
74 Article 1065 (7) DCCP.

the arbitral procedure, (b) the award is wholly or partially based on procedural documents that appear (after the award was rendered) to be forged or (c) a party obtained documents after the award was rendered which would have influenced the arbitral tribunal's decision and were withheld by or through the actions of the other party.[75]

3.7.2.2. Proceedings

Revocation proceedings commence with the issuance of a writ of summons and are conducted in accordance with the rules applicable to litigation in first instance (articles 78-260 DCCP), albeit that the competent court in first instance is the Court of Appeal.[76] Consequently, there is only one so-called factual instance, after which only cassation-appeal to the Supreme Court is possible. Cassations are, in short, limited to review on errors in law, not in fact.

The time limit for issuing the writ of summons is three months. This time limit may start on three different dates. In relation to the time limit for the application to set aside, the writ of summons must be served (i) within three months after the date of deposit of the award with the court clerk's office, *or* (ii) within three months after the award (together with leave for enforcement) is officially served by the party seeking enforcement of the award (see article 1064(3) DCCP above). Since the time limit for setting aside may have lapsed, before the fraud or forgery of documents, or withholding of relevant documents has been discovered, article 1068 DCCP provides that the writ may be served (iii) within three months after the fraud or forgery has become known or the party has obtained the new documents. If a party is a natural person and dies within any of these time limits, his heirs may use an additional limitation period.[77]

Although the text of article 1068 DCCP may suggest otherwise, article 1068 DCCP does not lead to the revocation of the award, but to the award being set aside. In this respect, the provisions for revocation in arbitration cases are different from those for court decisions. The latter provide for reopening of the case and the possibility that the court revokes the contested decision and gives a new decision on the merits of the case (articles 382-391 DCCP).[78] This is different in arbitration:

---

75 Article 1068 (1) DCCP.

76 Proceedings to set aside are also conducted in accordance with the rules applicable to litigation, but proceedings to set aside are conducted in the three instances (District Court, Court of Appeal and Supreme Court).

77 Article 1068 DCCP refers to article 341 DCCP, on the basis of which a three-month period starts to run as of the date on which the party died, which period may be extended by a maximum of four months.

78 Article 1068 formerly adopted the same procedure, but this was changed in a revision of the DCCP.

if the arbitral award is set aside based on a ground for revocation, the party having initiated the arbitration will have to start from scratch by initiating proceedings before State courts (article 1068(3) in conjunction with article 1067 DCCP). The parties may agree, however, that the jurisdiction of the courts does not revive if they agree to submit the case to arbitration (again; article 1068(3) in conjunction with article 1067 DCCP).

Neither setting aside proceedings not revocation proceedings suspend the enforcement of an award (article 1068(2) in conjunction with article 1066(1) DCCP). However, the court that decides on the revocation may, upon a justified request thereto, suspend enforcement until a final decision is made on the revocation (article 1068(2) in conjunction with article 1066(2) DCCP). The provisions on suspension of enforcement are the same as those for proceedings to set aside (see the comments on article 1066 DCCP above), save that, of course, the request for suspension should be made to the Court of Appeal instead of the District Court.

Article 1068(3) DCCP provides that the court may wholly or partially set aside the arbitral award if it finds the grounds for revocation to be correct. The provision does not contain criteria in regard to the question of whether an award should be set aside either in part or in full. A court could apply the same criterion as has been established for proceedings to set aside, by partially setting aside the part(s) of the award containing decisions which are not inextricably entwined, so that a certain part of the award can be set aside, while the remainder of the award, not being inseparably connected, can be upheld (see the comments on article 1065 DCCP above). In cases of wilful acts of fraud or forgery, the court may however feel tempted to penalize the party guilty of such conduct by wholly setting aside an award, even where the award is only partially based on such circumstances.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

The recognition and enforcement of foreign arbitral awards is contained in articles 1075 and 1076 DCCP. A distinction is made between arbitral awards made in a foreign State to which a treaty applies concerning recognition and enforcement[79] and arbitral awards made in a foreign State to which no treaty concerning recognition and enforcement applies.[80] In the first case, the most relevant treaty concerning recognition and enforcement is the New York Convention.[81] If this treaty or another

[79] Article 1075 DCCP.

[80] Article 1076 DCCP.

[81] The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958, 330 United Nations Treaty Series, p. 38, no. 4739 (1959). See Van

treaty applies, article 1075 DCCP states that the provisions of articles 985 to 991 DCCP inclusive apply (unless the Dutch Arbitration Act contains provisions which deviate from these provisions), which contain the formalities regarding the enforcement of foreign judgments. The only difference is that the President of the District Court is the competent judge (not the District Court itself), and that the time limit for appeal from this decision and for appeal to the Supreme Court shall be two months (instead of one month).[82] Article 985 DCCP determines that the decision must be enforceable on the basis of an Act or a treaty. This will usually be either articles 1075 or 1076 DCCP, or the New York Convention. Accordingly, the judge will have to decide whether the conditions of either these DCCP provisions or the New York Convention are met.[83]

If no treaty applies concerning recognition and enforcement, or if a treaty applies that allows a party to rely on the law of the country in which the party seeks recognition or enforcement, an exequatur for an arbitral award may still be sought in the Netherlands unless either (1) the party against whom recognition or enforcement is sought, states and proves one of the following grounds: absence of a valid arbitration agreement, constitution of the arbitral tribunal contrary to the rules that apply thereto, the arbitral tribunal has not observed its mandate,[84] the arbitral award is still open to appeal (to a second arbitral tribunal or a court in the country in which the award was rendered), the arbitral award was set aside by a competent authority of the country in which the award was rendered, or (2) the court considers that the recognition or enforcement would be contrary to public policy.[85] The arbitral award can be partially recognised or enforced if it contains decisions is in excess of, or different from what was claimed: the part of the award in excess of or different from the claim can be separated from the remaining part of the award.[86] The provisions of articles 985 to 991 DCCP, inclusive, apply (unless the Dutch Arbitration Act contains provisions which deviate from these provisions), the only differences being that the President of the District Court is the competent judge (not the District Court itself), that the time limit for appeal from this decision and for appeal to the Supreme Court shall be two months (instead of one month) and that it is not required to submit documents which evidence the enforceability of the arbitral award in the country in which it was rendered.[87]

Mierlo, A.I.M., C.J.J.C. Van Nispen & M.V. Polak. *Op. cit.*, p. 1552.

82 Article 1075 DCCP.

83 Van der Bend, B., M. Leijten & M. Ynzonides. *Op. cit.*, p. 311.

84 Under certain circumstances do these three grounds not constitute a ground for refusal of recognition or enforcement (article 1074 (4-6) DCCP).

85 Article 1076 (2) DCCP.

86 Article 1076 (5) DCCP.

87 Article 1076 (6) DCCP.

V. Conclusion

The Netherlands provides a modern arbitration act and a judiciary that is both highly familiar with arbitration and supportive of arbitral proceedings. It is notable that arbitral institutions such as the NAI and the ICC, as well as the Permanent Court of Arbitration, a UN institution seated in The Hague, experience an increase in their arbitral case load. The PCA remains a preeminent and neutral forum for seating international arbitrations. The recently adopted improvements to the NAI Rules of Arbitration and the draft bill for the revision of the arbitration act that further modernises the arbitration act, provide ample basis for continued confidence in the Netherlands regarding arbitration as a respected and credible alternative to litigation in State courts and alternative dispute resolution methods.

Portugal

Sofia Martins

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Portugal.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— 2.1. Fuentes de Derecho Interno.— 2.1.1. La vigente LAV.— 2.1.2. Los cambios incluidos en la Nueva LAV.— 2.2. Fuentes de Derecho Internacional.— 2.3. ¿Cómo puede influir el Derecho Comunitario en el arbitraje en Portugal?— III. La elección de Portugal como sede de arbitraje.— 3.1. El convenio arbitral.— 3.1.1. Validez del convenio arbitral.— a. Validez formal.— b. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 3.1.2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3.1.3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 3.1.4. *Kompetenz-Kompetenz*.— 3.2. El tribunal arbitral.— 3.2.1. Composición y constitución del tribunal arbitral.— 3.2.2. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 3.2.3. Recusación de los árbitros.— 3.2.4. Sustitución de los árbitros.— 3.2.5. Responsabilidad de los árbitros.— 3.3. El procedimiento arbitral.— 3.3.1. Ley aplicable al procedimiento arbitral.— 3.3.2. Igualdad de partes y derecho de ser oído.— 3.3.3. Pruebas.— 3.3.4. Otras reglas de proceso contenidas en la Nueva LAV.— 3.4. Medidas cautelares.— 3.4.1. Jurisdicción concurrente de los tribunales estatales y arbitrales para dictar medidas cautelares.— 3.4.2. Tipo de medidas cautelares.— 3.4.3. Condiciones para la obtención de medidas cautelares y órdenes preliminares.— 3.4.4. Recurso contra medidas cautelares u órdenes preliminares.— 3.4.5. Ejecución en Portugal de medidas cautelares.— a. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Portugal.— b. Ejecución de medidas cautelares ordenadas en el extranjero.— 3.5. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 3.5.1. Elección del derecho aplicable por las partes y *lex mercatoria*.— 3.5.2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes.— 3.5.3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— 3.6. El laudo.— 3.7. La impugnación del laudo.— 3.7.1. Anulación del laudo.— 3.7.2. Recursos contra el laudo.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— 4.1. Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.— 4.2. Ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN: UNA VISIÓN HISTÓRICA Y PANORÁMICA SOBRE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN PORTUGAL

La fundación del reino de Portugal se remonta al siglo XII. Antes, el territorio que hoy corresponde a Portugal tuvo influencias varias, la más importante sin duda la de los Romanos (particularmente, en lo que respecta al Derecho), las cuales se mantuvieron después de su fundación como reino. Del mismo modo, los acontecimientos posteriores en Europa también tuvieron su influencia en el país. En consecuencia, la historia del arbitraje en Portugal debe ser vista en paralelo con la de los períodos más relevantes de la historia europea.

En el derecho griego el arbitraje era una realidad en paralelo con la justicia judicial y las represalias. En esos tiempos, «el criterio de decisión era el de buscar una solución que equilibrase pérdidas y ganancias de ambas partes, la llamada 'regla del medio'».[1] También el Derecho romano se ocupó del arbitraje en forma distinta, pudiéndose elegir como figura central a todas ellas la del *Arbiter*: «aquél que no era juez (*judex*) y que permite a las partes, de alguna forma, escapar al dominio estricto del derecho formal».[2]

Con el advenimiento de la Edad Media, sobre todo a partir del siglo XII (en que tuvo lugar, como se refirió, la fundación de Portugal), el arbitraje era utilizado para casi todo tipo de litigios. De hecho, durante el período en que los Estados modernos y las monarquías absolutistas no estaban aún afianzados, era normal el recurso al arbitraje por todos, pues eran arbitrables casi todas las materias, incluso las penales.[3]

Con la tendencia a la centralización del poder a partir del siglo XIV, la justicia estatal ganó importancia ante el arbitraje, fenómeno que tuvo su apogeo con las monarquías absolutas en el siglo XVI. Después, con la Revolución Francesa, la tendencia se invirtió de nuevo como reacción a las instituciones estatales absolutistas: en este contexto surge la consagración en la Constitución francesa de 1791 del derecho de los ciudadanos a resolver sus conflictos a través del arbitraje sin que el poder legislativo pudiera restringir este derecho.[4] Poco tiempo después, con Napoleón Bonaparte, lamentablemente, volvió a existir cierta hostilidad al arbitraje.[5]

---

1 PEREIRA DE MIRANDA A./C. FERREIRA MATIAS. «Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem». En *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2008, pp. 24-36, en p. 27 (traducción libre).

2 *Idem*, en p. 29 (traducción libre).

3 *Idem*, en p. 29.

4 *Idem*, en p. 31.

5 *Idem*, en p. 31.

Descrita en trazos muy generales la evolución del arbitraje en Europa, atenderemos específicamente el caso portugués, en el que podemos distinguir tres períodos en paralelo con lo que acabamos de decir: un período correspondiente a la Edad Media, un período de centralización del poder hasta las monarquías absolutistas y un período constitucional.

En la Edad Media, es sobre todo a partir del final del siglo XII cuando empiezan a encontrarse referencias al arbitraje en los textos portugueses. La más antigua referencia que podemos encontrar es a los «*alvidros*», cuya función no era propiamente la de juzgar sino la de integrar lagunas o crear normas para suplir deficiencias, pues en aquellos tiempos dominaban la costumbre y la equidad.[6] En el mismo período existen también referencias a los «*avenidores*» o «*convenidores*», que no eran jueces ordinarios preestablecidos, sino jueces escogidos por las partes.[7]

Un siglo después, el arbitraje surge ya más definido en la perspectiva del poder central como resultado de las leyes entonces publicadas. Como dijimos, en este tiempo la regla era la de poder someter casi cualquier cuestión a árbitros, dependiendo esto de un «*compromiso*» de las partes que definía también la elección de los árbitros, su número y el objeto del arbitraje. La opción de las partes por el arbitraje era respetada por los tribunales ordinarios.[8]

En el siglo XV fueron publicadas las «*Or«enações Afonsinas*» donde el arbitraje aparece incluso en un cuadro normativo sistemático.[9] En todo caso, se mantuvo en lo esencial el régimen anterior, con algunos cambios. El arbitraje era, entonces, no muy distinto de la realidad actual: una vez aceptado el cargo, los árbitros tenían que conducir el litigio hasta el final, no pudiendo abandonar el procedimiento o renunciar a sus obligaciones sin legítima causa. Existía también el apoyo de los tribunales ordinarios del rey, que obligaban a las partes a comparecer ante los «*alvidros*» y a someter el litigio a su decisión y que ejecutaban la sentencia arbitral. También aquí, a semejanza de lo que pasaba en el Derecho romano, se hacía una distinción entre jueces árbitros o «*alvidros*», que decidían de acuerdo con el Derecho; y los «*alvidradores*», que decidían de acuerdo con la equidad.

Con las «*Ordenações Manuelinas*» de 1520[10] se mantuvo en lo esencial el régimen anterior, si bien con algunos cambios. Uno de los principales fue consagrar que las partes no podrían renunciar a la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios, así

---

6 Pereira Barrocas, M. *Manual de Arbitragem*. Almedina, 2010, p. 53.
7 *Idem*, en p. 53.
8 *Idem*, en p. 54.
9 *Idem*, en p. 54. Las «Ordenações Afonsinas» entraron en vigor en 1446.
10 *Idem*, en p. 54.

como la posibilidad de repetición de la prueba de testigos ante el tribunal de recurso en caso de duda sobre la forma en que ésta había transcurrido ante los árbitros. Se constata, pues, la creciente influencia de la centralización del poder con la consecuente subordinación del arbitraje a la justicia estatal.

Los efectos de la Revolución Francesa no se hicieron sentir en Portugal de inmediato. Sólo después de la revolución liberal de 1820 tuvo lugar la consagración constitucional del arbitraje, en particular con la Constitución de 1822, concediéndose a las partes la posibilidad de renunciar al recurso a los tribunales judiciales.

El primer Código Civil portugués (1876) mantuvo en esencia el mismo régimen, con dos cambios dignos de notar: la libre sumisión al arbitraje de todos los litigios que admitieran la posibilidad de transacción judicial y la supresión del *exequatur* del laudo en el arbitraje interno.

El siglo XX puede dividirse en tres fases, de acuerdo con la situación política de Portugal. Así, hasta 1939, se mantuvieron los ideales liberales antedichos. A partir de este año, con el Código de Proceso Civil bajo la dictadura que se mantuvo hasta 1974,[11] tuvo lugar una judicialización del arbitraje: el tribunal arbitral debía instalarse en el tribunal de comarca; el proceso era preparado por el juez de derecho; los árbitros se limitaban a hacer la instrucción de la causa y a emitir el laudo; y podían recurrirse todas las decisiones arbitrales como si de un tribunal de comarca se tratase.

Sólo en 1984 —10 años después de la revolución— se hizo el primer esfuerzo legislativo en materia de arbitraje a través del Decreto-Ley n.º 243/84 de 17 de julio de 1984, que vendría a ser juzgado inconstitucional.[12] Se publicó en seguida la Ley n.º 31/86, de 29 de agosto de 1986 («LAV»), que se mantiene en vigor hasta hoy, sin perjuicio de unos pocos cambios introducidos en 2003.[13]

Muy recientemente, el Gobierno de la República encomendó a la Asociación Portuguesa del Arbitraje («APA») un proyecto de ley de arbitraje que resultó un excelente trabajo.[14] Desafortunadamente, el mismo Gobierno que solicitó este proyecto acabó por cambiarlo, presentando para su discusión en el Parlamento un proyecto sustan-

---

[11] El 25 de abril de 1974 tuvo lugar una revolución, conocida como la Revolución de los Claveles, que derrumbó el régimen dictatorial que marcó gran parte del siglo XX en Portugal.

[12] A través del fallo del Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 12 de septiembre de 1986, disponible en http://dre.pt/pdf1s/1986/09/21000/25402546.pdf (consultada el 1 de noviembre de 2011).

[13] El Decreto-Ley n.º 38/2003, de 8 de marzo, introdujo cambios en los arts. 11 y 12 de la LAV.

[14] El proyecto inicial de la APA fue revisado dos veces. Todos los proyectos están disponibles en www.arbitragem.pt (consultada el 1 de noviembre de 2011).

cialmente diferente, en ciertos aspectos para peor.[15] Sin embargo, el Parlamento fue disuelto y fueron convocadas elecciones legislativas, con lo que ese proyecto caducó.

Debido a la ayuda internacional solicitada en 2011 por Portugal para paliar los efectos de una profunda crisis económica y financiera, el 17 de mayo de 2011 fue firmado por Portugal y la troika compuesta por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea un *Memorandum of Understanding* en el cual se estableció que el nuevo Gobierno que fuese elegido en las elecciones convocadas tendría que presentar una nueva ley sobre arbitraje antes de finales de septiembre de 2011.[16] Así, el nuevo gobierno electo en junio de 2011 aprobó el 15 de septiembre de 2011 una propuesta de ley (la «Propuesta de Ley n.° 22/XII»)[17] basada esencialmente en el primitivo proyecto de la APA (y ya revisado por ésta tres veces). La Propuesta de Ley n.° 22/XII fue finalmente aprobada por el Parlamento el 2 de noviembre de 2011.[18] Tras su promulgación por el Presidente de la República y su subsecuente publicación en el *Diário da República* el 14 de diciembre 2011, tenemos, así, finalmente, una nueva ley. De hecho, la Ley n.º 63/2011 de 14 de diciembre de 2011, contiene en anexo la Nueva Ley del Arbitraje Voluntario (la «Nueva LAV»), que entrará en vigor en tres meses contados de la fecha de su publicación.[19]

De acuerdo con la Nueva LAV,[20] la misma será aplicable a procedimientos iniciados tras su entrada en vigor (que es, según la Nueva LAV, salvo acuerdo en contrario de las partes, la fecha en la cual la demanda de sumisión del litigio al arbitraje es recibido por el demandado),[21] pudiendo ser aplicada a procedimientos iniciados antes mediante acuerdo de las partes o no oposición, en 15 días, ante pedido a estos efectos de una de las partes. Porque se trata del futuro del arbitraje en Portugal, intentaremos hacer en este trabajo una descripción del régimen aún vigente (el de la LAV),

---

15 *Vide* la Propuesta de Ley n.° 48/XI, disponible en http://arbitragem.pt/noticias/index.php (consultada el 1 de noviembre de 2011).

16 El texto del *MoU* está disponible en http://www.min-financas.pt/informacao-economica/informacao-economica-diversa/memorando-de-entendimento-sobre-as-condicionalidades-de-politica-economica (consultada el 1 de noviembre de 2011).

17 Los textos de la Propuesta de Ley n.° 22/XII y de varios documentos oficiales acerca de la misma (en portugués), así como la evolución de su proceso de aprobación, pueden ser consultados en http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36480 (consultada el 1 de noviembre de 2011).

18 La Propuesta de Ley n.° 22/XII fue publicada en el *Diário da Assembleia da República,* II Série-A - n.° 69, el 15 de noviembre de 2011 como Decreto n.° 20/XII y está accesible en http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=16784 (consultada el 15 de noviembre de 2011).

19 Accesible en http://dre.pt/pdf1sdip/2011/12/23800/0527605289.pdf.

20 *Cfr.* art. 4.

21 *Cfr.* art. 33, n.º 1.

así como la comparación con las soluciones contenidas en la Nueva LAV, esperando que el resultado final pueda hacer de Portugal un país más «*arbitration friendly*».

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

2.1. Fuentes de Derecho Interno

2.1.1. La vigente LAV

La LAV regula los arbitrajes que tengan lugar en territorio nacional (art. 37), sean arbitrajes internos o internacionales, es decir, afecten a intereses de la esfera nacional o a intereses del comercio internacional.[22]

El sistema portugués adopta un régimen en cierta forma monista en la regulación del arbitraje ya que, genéricamente, la LAV se aplica a arbitrajes internos e internacionales, con unas pocas excepciones. De hecho, hay sólo tres artículos dedicados al arbitraje internacional en un capítulo —el VII— que versa, precisamente, sobre este tema. En estas normas, más allá de la indicación del criterio para verificar cuándo se trata o no de un arbitraje internacional, se prevé la forma de determinar el derecho aplicable (a que volveremos *infra*); y se estipula la regla de que, tratándose de arbitraje internacional, el laudo no es recurrible, salvo si las partes tuvieren pactada esa posibilidad y hubieren regulado los términos de un posible recurso.

Un cuarto artículo —el art. 35— prevé que si las partes han otorgado al tribunal esa función, el tribunal podrá decidir el litigio apelando a la composición de las partes con base en el equilibrio de los intereses en juego.[23]

Con respecto a los temas de formación y validez del convenio arbitral, la arbitrabilidad del litigio, la constitución del tribunal y el proceso arbitral, al no existir normas específicas para el arbitraje internacional se deben tener por aplicables las normas relativas al arbitraje interno de los capítulos precedentes de la LAV. A estos temas volveremos *infra*.

2.1.2. Los cambios incluidos en la Nueva LAV

Por su parte, la Nueva LAV dedica más atención al tema del arbitraje internacional.[24]

---

[22] De hecho, de acuerdo con el art. 32 de la LAV se entiende como arbitraje internacional el arbitraje que pone en juego «intereses del comercio internacional».

[23] Mientras el art. 35 está incluido en el Capítulo VII de la LAV, dedicado al arbitraje internacional, la verdad es que se entiende que tal posibilidad se extiende al arbitraje interno. En este sentido, *vide* Pereira Barrocas, M. *Op. cit.*, p. 573.

[24] *Cfr.* su capítulo X, arts. 40 a 54.

Por un lado, el criterio acerca de lo que es un arbitraje internacional sigue siendo el de un litigio que involucre intereses y relaciones del comercio internacional, haciendo consagración expresa de que «[s]alvo lo dispuesto en el presente capítulo, son aplicables al arbitraje internacional, con las debidas adaptaciones, las disposiciones de la presente ley relativas al arbitraje interno».[25]

Por otro lado, se consagra que cuando sea parte un Estado, una organización controlada por un Estado o una sociedad dominada por un Estado, esta parte no pueda oponer excepciones basadas en su derecho interno para sustraerse de sus obligaciones dimanantes del convenio arbitral (especialmente en lo que respecta a la arbitrabilidad del litigio o a su capacidad para ser parte en el litigio).[26]

En lo que respecta al derecho aplicable, hay algunas novedades que comentaremos *infra*.

Asimismo, la Nueva LAV mantiene la norma vigente que establece que, tratándose de arbitraje internacional, el laudo arbitral es irrecurrible, pasando a prever que sólo no será así si las partes hubieren expresamente acordado la posibilidad de un recurso a otro tribunal arbitral y que hayan regulado sus términos.[27]

La Nueva LAV introduce, además, una norma sobre la validez sustancial del convenio arbitral sobre la cual también nos pronunciaremos *infra*.

Finalmente, la Nueva LAV contiene una norma según la cual el laudo proferido en un arbitraje internacional, en el cual el Derecho portugués no haya sido escogido por las partes ni determinado por el tribunal como aplicable al fondo, podrá ser anulado con base en los fundamentos previstos para la anulación del laudo (a los que volveremos) y, ello incluso si debiendo ser ejecutado o producir otros efectos en territorio nacional, eso condujera a un resultado «manifiestamente incompatible con los principios del orden público internacional»[28] del Estado portugués. Ésta es una novedad en el orden jurídico portugués ya que la LAV actualmente no prevé este fundamento de anulación del laudo.[29]

---

[25] Traducción libre del art. 49, n.º 2, de la Nueva LAV.

[26] Se trata de una norma ya conocida en otros ordenamientos jurídicos, tal como el suizo (art. 177.2 de la Ley de 18 de diciembre de 1987 de Derecho Internacional Privado) o el español (art. 2.2 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje), que han sido las fuentes próximas del proyecto de la APA.

[27] *Cfr.* art. 53 de la Nueva LAV.

[28] Traducción libre del art. 54 de la Nueva LAV.

[29] De acuerdo con la APA, que propuso esta solución, «[e]l orden público internacional del Estado portugués es llamado a ejercer (...) un control de compatibilidad del laudo arbitral (proferi-

2.2. Fuentes de Derecho Internacional

Portugal es parte en las convenciones internacionales más importantes sobre arbitraje.

En primer lugar, es parte en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958.[30] Ya antes era parte en el Protocolo de Ginebra relativo a las cláusulas de arbitraje de 24 de septiembre de 1923[31] y en la Convención de Ginebra sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 26 de septiembre de 1927[32] (los cuales antecedieron a la Convención de Nueva York y se mantienen en vigor para las partes de los mismos que no sean parte en la Convención de Nueva York.[33]

Además, Portugal es parte en la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965, constitutiva del CIADI (que administra arbitrajes de inversiones);[34] y en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975.[35]

---

do en Portugal, en un arbitraje internacional) con el orden público internacional del Estado portugués (a que pertenece indiscutiblemente el Derecho Comunitario, de acuerdo con jurisprudencia del T.J. de la U.E., como consecuencia de la decisión proferida, en 1999, en el caso *Eco Swiss China Time vs. Benetton International B.V.*) más profundo que el que tendrá lugar en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, visto que, aquí, la verificación de esa compatibilidad incidirá sobre el contenido del laudo y no apenas sobre el resultado a que conduzca el reconocimiento o la ejecución del laudo, como acontece en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, en los términos del artículo 56º, n.° 1, b), ii) de este proyecto de nueva LAV» (traducción libre del comentario de la APA a esta norma, disponible en http://arbitragem.pt/noticias/projecto-nova-lav-anotada-21052010.pdf [consultada el 1 de noviembre de 2011]). Hay que retener en todo caso que, según el proyecto de la APA, los laudos proferidos en arbitrajes internos no están sujetos a ningún control en términos de orden público, lo que la Nueva LAV contraría: cualquier laudo pasa a poder ser anulado con este fundamento, lo que ha sido criticado por la APA (http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36480; consultada el 1 de noviembre de 2011).

30 Desde el 16 de enero de 1995, fecha en la cual entró en vigor en Portugal, después de su publicación en el *Diário da República* el 8 de julio de 1994. Es de notar que Portugal ha ejercido la reserva de reciprocidad que prevé el art. I.3 para ejecutar solamente los laudos arbitrales dictados en otros Estados parte de la Convención de Nueva York.

31 Aprobado por el Decreto n.° 18 941, de 11 de septiembre de 1930.

32 Aprobada por el Decreto n.° 18 942, de 11 de septiembre de 1930.

33 *Cfr.* art. VII(2) de la Convención de Nueva York.

34 Desde el 1 de agosto de 1984, fecha en la cual entró en vigor en Portugal, después de su publicación en el *Diário da República* el 3 de abril de 1984.

35 Publicada en el *Diário da República* el 4 de abril de 2002.

Por último, Portugal no es parte de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961.

2.3. ¿Cómo puede influir el Derecho Comunitario en el arbitraje en Portugal?

Portugal es Estado miembro de la Unión Europea («UE») desde 1986 y, como tal, ha de tener en cuenta el Derecho Comunitario.

Una primera nota debe hacerse sobre el Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Reglamento Bruselas I»).[36] Según su art. 1, n.° 2, letra d), no resulta aplicable al arbitraje. Sin embargo, como es sabido, el Reglamento Bruselas I está en fase de revisión para, entre otras cosas, adaptarlo a la realidad del arbitraje. Es incierto, a la fecha de cierre de este trabajo, cuál va a ser el posicionamiento comunitario ante el arbitraje.

Por otro lado, a pesar de que el Derecho Comunitario no regula el arbitraje, la jurisprudencia comunitaria no deja de influir en las reglamentaciones de los Estados miembros en lo que respecta a ciertos aspectos que afectan al arbitraje, siendo sobre todo a través del mecanismo de la cuestión prejudicial que el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado sobre esas cuestiones y ha influido en su desarrollo.

a) La primera referencia al arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal se encuentra en su decisión de 1982 en el caso *Nordsee:* en esta sentencia el Tribunal entendió que el mecanismo de la cuestión prejudicial estaba vedado a un tribunal arbitral, que no podría someter una cuestión de Derecho Comunitario al Tribunal porque un tribunal arbitral no es equiparable a un tribunal de un Estado miembro.[37] Hasta hoy, no tenemos noticia de ninguna decisión en contrario.

b) En 1999 el Tribunal se pronunció en el caso *Eco Swiss c/ Benetton* sobre temas de Derecho de la Competencia, entendiendo que una violación del entonces art. 85 del Tratado de Roma (hoy, art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE) debería ser tratada como una violación de normas del orden público nacional por los tribunales de los Estados miembros en los casos en que un tribunal arbitral hubiera dictado un laudo sin atender a las normas *antitrust* eventualmente aplicables; en ese caso, el laudo sería contrario al orden público y podría ser

---

[36] *DO* n.° L012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores, *DO* n.° L 307, de 24 de noviembre de 2001; y *DO* n.° L 176, de 5 de julio de 2002. Los textos de sus anexos han sido sucesivamente modificados desde entonces.

[37] *Nordsee c/ Reederei Mond*, asunto n.° 102/81, sentencia de 23 de marzo de 1982.

anulado o se podría denegar su reconocimiento o ejecución en un Estado miembro.[38]

En 2004, el Tribunal se pronunció en el caso *Turner c/ Grovit* sobre la compatibilidad de las *anti-suit injunctions* inglesas con el Derecho Comunitario, decidiendo que no era posible el recurso a las mismas cuando los pleitos estuviesen pendientes ante tribunales de Estados Miembros.[39] El mismo tema fue objeto de nueva decisión por el Tribunal en 2009 en el asunto *West Tankers*,[40] en el que el Tribunal aplicó la doctrina *Turner* a un caso de arbitraje para negar la compatibilidad de las *anti-suit injunctions* dictadas a favor de un convenio arbitral con el régimen de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I.

Por último, en el 2006 el Tribunal se pronunció en el caso *Mostaza Claro* sobre contratos celebrados con consumidores. El Tribunal entendió que la Directiva sobre Cláusulas Abusivas (Directiva n.° 93/3/CEE) debe ser interpretada de forma que un tribunal estatal pueda apreciar una cuestión de competencia del tribunal arbitral en una acción de anulación de un laudo arbitral, debiendo anularlo si el convenio arbitral constituye en sí mismo una cláusula abusiva, incluso aunque la parte consumidora no hubiese suscitado tal cuestión en el momento procesal adecuado en un arbitraje de consumo.[41]

III. La elección de Portugal como sede de arbitraje

3.1. El convenio arbitral

Como en otros países, de acuerdo con la ley portuguesa, el convenio arbitral puede ser de dos tipos: bien un compromiso arbitral, cuando se trate de un litigio actual; bien una cláusula compromisoria, cuando estén en causa eventuales litigios emergentes de una determinada relación contractual o extracontractual. Eso resulta claramente del art. 1, n.° 2, de la LAV (a este respecto, no hay alteraciones en la Nueva LAV).

Tratándose, de igual modo, de un acuerdo entre las partes, el convenio arbitral está sujeto a los requisitos de validez, sea formal, sea sustantiva, que pasamos a analizar.

---

38 *Eco Swiss China Time Ltd. c/ Benetton International NV*, asunto n.° C-126/97, sentencia de 1 de junio de 1999.

39 *Gregory Paul Turner c/ Félix Fareed Ismail Grovit y otros*, asunto n.° C-159/02, sentencia de 27 de abril de 2004.

40 *Allianz SpA (anteriormente denominada Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) y Generali Assicurazioni Generali SpA c/ West Tankers Inc.*, asunto n.° C-185/07, sentencia de 10 de febrero de 2009.

41 *Elisa María Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium, S.L.*, asunto n.° C-168/05, sentencia de 26 de octubre de 2006.

3.1.1. Validez del convenio arbitral

a. Validez formal

En el art. 2, n.os 1 y 2, de la LAV puede leerse lo que sigue:

> 1. El convenio arbitral debe ser recogido por escrito.
> 2. Se considera recogido por escrito el convenio constante en documento firmado por las partes, o en intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de comunicación de los que quede prueba escrita, sea si esos documentos contienen directamente el convenio, sea si de los mismos consta una cláusula de remisión a algún documento en que estaba contenido un convenio.[42]

Del análisis de esta norma resulta, pues, que el convenio arbitral se encuentra sujeto a forma escrita, si bien el concepto de forma escrita es muy amplio. Correlativamente, el art. 3 establece la nulidad del convenio arbitral como consecuencia de la falta de forma escrita.

Manteniendo el requisito de forma escrita, el art. 2 de la Nueva LAV lo amplía estableciendo que la exigencia de escritura se considerará cumplida cuando el convenio resulte de «soporte electrónico, magnético, óptico o de otro tipo que ofrezca las mismas garantías de fidelidad, inteligibilidad y conservación», o bien cuando «exista intercambio de una petición y de una contestación en un proceso arbitral, en el que la existencia de tal convenio sea alegada por una parte y no sea negada por la otra».[43] Y, además, se añade que la remisión hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria valdrá como convenio arbitral si el contrato tuviere forma escrita y la remisión fuera hecha de modo que la cláusula se considere parte integrante del contrato.

b. Validez sustantiva y arbitrabilidad

El convenio arbitral tiene la naturaleza de un acuerdo o negocio jurídico, por lo que tiene como elementos esenciales la indicación de las partes, la determinación del litigio o litigios abarcados por el convenio y la voluntad de creación de un tribunal arbitral (es decir, la voluntad de someterse al arbitraje).[44]

---

42 Traducción libre.

43 Traducción libre.

44 Ribeiro Mendes, A. *Introdução às Práticas Arbitrais*, disponible en http://arbitragem.pt/estudos/index.php, p. 59 (consultada el 1 de noviembre de 2011).

En lo que respecta a la determinación del objeto del litigio, el art. 2, n.º 3 de la LAV establece que el compromiso arbitral debe determinar con precisión el objeto del litigio, mientras que la cláusula compromisoria debe especificar la relación jurídica a la cual se refiere el o los litigios. La Nueva LAV mantiene esta regla en su art. 2, n.º 6.

Invalidez e ineficacia

Como cualquier otro contrato, el convenio puede ser inválido o ineficaz.

La LAV determina en su art. 3 la nulidad del convenio cuando (i) haya sido violado el requisito de forma escrita (a que se aludió *supra*); o, (ii) cuando la materia no sea arbitrable (tema al que volveremos en seguida). Esta regla se mantiene en sustancia en la Nueva LAV.

No obstante, pueden ocurrir otros vicios de la voluntad, sea en la formación del acuerdo, sea en la declaración de la voluntad. Así, de acuerdo con la ley portuguesa, el convenio puede ser inválido cuando concurra cualquiera de los vicios que sean generadores de nulidad o de anulabilidad de un negocio jurídico previstos en los arts. 240 y siguientes del Código Civil, como el error, el dolo o la coacción. Por otro lado, un acuerdo que viole la ley o que sea contrario al orden público y a las buenas costumbres también será considerado nulo bajo los arts. 280 y siguientes y 294 del Código Civil.

El convenio podrá también ser considerado ineficaz, por ejemplo, si se encuentra sujeto a una condición suspensiva no ocurrida.

Caducidad

De acuerdo con la LAV, el convenio arbitral puede también caducar. De hecho, bajo el art. 4, n.º 1, el compromiso arbitral caducará y la cláusula compromisoria quedará sin efectos en las siguientes situaciones: (i) si fallece alguno de los árbitros designados, o si alguno de ellos se excusa o queda permanentemente imposibilitado para el ejercicio de su función o si la designación queda sin efectos, si no es sustituido en los términos previstos en el art. 13; (ii) si, tratándose de un tribunal colectivo, no pudiere formarse mayoría en la deliberación de los árbitros; o, (iii) si la decisión no pudiere ser proferida en el plazo establecido en los términos previstos en el art. 19.[45]

[45] De acuerdo con esta norma las partes pueden fijar el plazo para que la decisión sea tomada en el convenio o hasta la aceptación del primer árbitro; si no lo hicieren, el plazo supletorio es de seis meses. En cualquier caso, el plazo empieza en la fecha de designación del último árbitro. El plazo podrá ser prorrogado hasta el doble de su duración inicial por acuerdo escrito de las partes.

En la Nueva LAV esta norma deja de existir. De hecho, la única referencia a la caducidad del convenio es para decir que la muerte o extinción de las partes no hace caducar el convenio ni extingue la instancia arbitral, salvo acuerdo en contrario.[46] Pasa a preverse, en cambio, la designación de un árbitro sustituto en términos más detallados (en los arts. 15 y 16). Por otro lado, en caso de no existir mayoría, se prevé que la decisión será tomada por el presidente (art. 40). Y, finalmente, si el laudo no es proferido en el plazo aplicable, el procedimiento se extingue (así como la competencia de los árbitros), pero el convenio mantiene su eficacia (art. 43).

Arbitrabilidad

El criterio de arbitrabilidad consagrado actualmente en la LAV es el de la disponibilidad de los derechos, a semejanza de la solución alcanzada en varios ordenamientos jurídicos. Es esto lo que resulta del art. 1, n.° 1: cualquier litigio que no verse sobre derechos indisponibles puede ser sometido por las partes a la decisión de árbitros (siempre que no esté sometido exclusivamente a un tribunal judicial o a arbitraje necesario).[47]

La propuesta de revisión de la APA vertida en la Nueva LAV hizo en esta materia un cambio significativo. De hecho, en la exposición de motivos preparada por la APA puede leerse lo siguiente:

> Siguiendo el ejemplo de la ley alemana sobre el arbitraje, aprobada en 1998 e inmediatamente integrada en el Código de Proceso Civil de este país, el presente texto altera el criterio de arbitrabilidad de los litigios, haciendo depender ésta no ya del carácter disponible del derecho a someter a arbitraje, sino, en primera línea, de su naturaleza patrimonial, combinando, todavía, también a semejanza de lo que hizo la ley alemana, este criterio principal con el criterio secundario de transigibilidad de la pretensión en litigio, de modo que litigios que no involucren intereses patrimoniales, pero sobre los cuales esté permitido concluir una transacción, puedan ser sometidos al arbitraje.[48]

Se añade, además, en el art. 51, con respecto al arbitraje internacional, que el convenio arbitral será válido en cuanto a la sustancia, y que el litigio a que se refiere es susceptible de ser sometido a arbitraje, si se cumplen los requisitos establecidos a este

---

[46] Art. 4, n.° 4, de la Nueva LAV, que es igual al art. 4, n.° 2, de la LAV.

[47] El arbitraje necesario es aquél que no tiene por base un acuerdo de las partes sino que es impuesto por una ley especial, es decir, en los casos en que la ley, en lugar de confiar cierto litigio a la resolución por un tribunal estatal, impone a las partes el recurso a un tribunal arbitral.

[48] Disponible en http://arbitragem.pt/projectos/lav/lav-preambulo030509.pdf (consultada el 1 de noviembre de 2011). La traducción es libre.

respecto por el derecho escogido por las partes para regular el convenio arbitral o por el derecho aplicable al fondo de la causa o por el derecho portugués.

3.1.2. Separabilidad del convenio arbitral

La LAV acoge el principio de la separabilidad en su art. 21, n.° 2, en los siguientes términos: «La nulidad del contrato en el cual se inserta un convenio arbitral no acarrea la nulidad de éste, salvo cuando se demuestre que el contrato no habría sido concluido sin el referido convenio».[49]

La parte final de la norma levanta algunas dificultades: si la interpretación de la voluntad de las partes permite concluir que, sin el convenio, el contrato no habría sido concluido, entonces la nulidad del contrato se comunicará al convenio arbitral. Como difícilmente se podrá demostrar la voluntad de las partes con base en la letra del contrato, puede darse el caso de que el tribunal arbitral se constituya y el arbitraje siga sus términos sin que estén aclarados todos los hechos que permitan concluir la competencia del tribunal arbitral.[50]

La Nueva LAV mantiene el principio de la autonomía del convenio, clarificándola: el convenio es un acuerdo independiente de las demás cláusulas y la decisión que considere nulo el contrato no implica la nulidad de la cláusula compromisoria.[51] La limitación hoy resultante de la LAV es, por tanto, suprimida.

3.1.3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

La LAV nada dice sobre la intervención de terceras partes en el proceso arbitral. El entendimiento de la doctrina es que si hay acuerdo entre las partes originarias en el convenio y terceras partes, éstas pueden adherirse al convenio, mientras que si el procedimiento está ya en curso, el tribunal deberá también aceptar la adhesión.[52]

Son conocidas las cuestiones debatidas internacionalmente en torno a este tema y las dificultades que encuentran la jurisprudencia y la doctrina internacionales.[53] Precisamente por estas razones, la Nueva LAV opera una revolución introduciendo un artículo —el 36— dedicado solamente a esta materia. Según este artículo sólo pueden ser admitidos a intervenir en un proceso arbitral en curso terceros vinculados por el convenio arbitral, sea desde su conclusión, sea por haberse adherido después

---

[49] Traducción libre.
[50] PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, p. 151.
[51] Art. 18, n.os 2 y 3.
[52] PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, pp. 193 *et seq*.
[53] PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, p. 212.

al mismo. La adhesión necesita del consentimiento de todas las partes en el convenio y puede ser hecha sólo para los efectos del arbitraje en causa. La Nueva LAV prevé, además, que si el tribunal estuviese ya constituido, sólo puede ser admitida o provocada la intervención de tercero que declare aceptar la composición actual del tribunal; en caso de intervención espontánea, se presume esa aceptación. En cualquier caso, la intervención dependerá siempre de la decisión del tribunal arbitral después de escuchar a las partes iniciales en el arbitraje y al tercero que pretenda intervenir o que se requiere que intervenga. Por su parte, el tribunal sólo debe admitir la intervención si ésta no perturba indebidamente el normal desarrollo del proceso y si hubiere razones relevantes que justifiquen la intervención.

En lo que respecta a la intervención de terceras partes antes de la constitución del tribunal, se estipula que la misma sólo podrá tener lugar en arbitrajes institucionalizados y siempre que el reglamento aplicable asegure la observancia del principio de igualdad de participación de todas las partes, incluso los miembros de partes plurales, en la elección de los árbitros.

En todo caso, el convenio podrá reglar la intervención de terceros en arbitrajes en curso de modo distinto del previsto en la Nueva LAV, sea directamente, observando el principio de igualdad de participación de todas las partes, incluso los miembros de partes plurales, en la elección de los árbitros; sea por remisión a un reglamento de arbitraje institucionalizado que admita esa intervención.

3.1.4. Kompetenz-Kompetenz

El llamado efecto positivo del principio de la *competencia-competencia* está previsto en el art. 21, n.° 1, de la LAV en los siguientes términos:

> El tribunal arbitral puede pronunciarse sobre su propia competencia, sin que para ese fin sea necesario apreciar la existencia, la validez o la eficacia del convenio arbitral o del contrato en el cual se inserta, o la aplicabilidad del referido convenio.[54]

En todo caso, la cuestión no puede ser apreciada *ex officio*, debiendo ser suscitada por la parte demandada (hasta la presentación de la defensa o conjuntamente con ésta), pudiendo ser luego decidida o bien relegada su decisión al momento del laudo. En caso de que la decisión sobre la competencia (o jurisdicción) sea tomada al principio, declarándose el tribunal arbitral competente, su decisión sólo podrá ser impugnada una vez resuelto el fondo. Es, de hecho, lo que resulta del art. 21, n.° 4, de la LAV: «La

[54] Traducción libre.

decisión por la cual el tribunal arbitral se declara competente sólo puede ser apreciada por el tribunal judicial después de proferida la decisión sobre el fondo de la causa (...)».[55]

En lo que respecta al llamado efecto negativo del principio de la c*ompetencia-competencia*, o sea, saber si un tribunal estatal debe declararse incompetente ante un convenio arbitral o ante un pleito con el mismo pedido o causa de pedir de un procedimiento arbitral en curso, la LAV omite toda referencia. De hecho, la única referencia legal al respecto consta en el Código de Proceso Civil (en sus arts. 494, letra j), y 495): la existencia de un convenio arbitral es una excepción dilatoria que puede ser invocada por la parte demandada (no pudiendo ser conocida de oficio por el tribunal arbitral).

La Nueva LAV mantiene la regla de que el tribunal se puede pronunciar sobre su propia competencia en los mismos términos (art. 18, n.ºs 1 y 4). Añade en su art. 18, n.º 7, que la decisión interlocutoria por la cual el tribunal arbitral considere que tiene competencia puede ser impugnada por cualquiera de las partes en el plazo de treinta días contados de su notificación ante el tribunal estatal competente, no suspendiendo esta impugnación la eficacia de la decisión (art. 18, n.ºs 8 y 9).

Por su parte, el art. 5, n.º 1, de la Nueva LAV prevé el efecto negativo del convenio arbitral, determinando que el tribunal estatal debe absolver de la instancia al requerido que haya presentado una excepción por violación del convenio, a no ser que el tribunal estatal verifique que «manifiestamente, el convenio arbitral es nulo, es o se tornó ineficaz o es inexequible».[56]

Ante la LAV se plantea una cuestión: la de saber (a) si debe haber una prioridad o preferencia legal por la decisión del tribunal arbitral; (b) si la apreciación de la validez del convenio arbitral debe ser hecha de forma profunda por el tribunal estatal; o (c) si, contrariamente, tal apreciación puede ser hecha *prima facie*, debiendo el tribunal judicial considerar procedente la excepción sólo si entiende que no existe convenio o en caso de que éste sea manifiestamente nulo; o, por último, si fuera evidente que el litigio no es arbitrable o si el convenio se tornó o era manifiestamente ineficaz o no exequible. Se trata de una cuestión controvertida en la doctrina portuguesa que ha sustentado dos posiciones opuestas.[57]

Creemos, en todo caso, que la redacción contenida en la Nueva LAV acaba por resolver esta disputa: queda clara la opción por la corriente según la cual la decisión del tribunal estatal sólo vinculará al tribunal arbitral cuando la nulidad del convenio

---

55 Traducción libre.

56 Traducción libre.

57 Por todos, RIBEIRO MENDES, A. *Introdução às Práticas Arbitrais*, *Op. Cit.*, pp. 120 *et seq.*

sea manifiesta, consagrándose de forma clara el llamado efecto negativo del principio de la *competencia-competencia*.

Finalmente, debe hacerse una referencia al art. 5, n.º 4, de la Nueva LAV, según el cual las cuestiones relativas a la nulidad, ineficacia o inexequibilidad de un convenio no pueden ser discutidas de forma autónoma en una acción o procedimiento cautelar intentados en un tribunal estatal que tenga como finalidad impedir la constitución o el funcionamiento del tribunal arbitral. De esta forma se consagra expresamente la prohibición del recurso a las conocidas *anti-arbitration injunctions* del Derecho anglosajón.

3.2. El tribunal arbitral

3.2.1. Composición y constitución del tribunal arbitral

El art. 6 de la LAV prevé que el tribunal arbitral pueda estar constituido por un único árbitro o por varios en número impar. Además, se prevé que si el número de miembros del tribunal arbitral no fue fijado en el convenio arbitral o en un escrito posterior firmado por las partes, el tribunal estará compuesto por tres árbitros. La regla se mantiene en el art. 8 de la Nueva LAV.

Por su parte, el art. 7 establece que la designación de los árbitros debe constar en el convenio o en un escrito posterior firmado por las partes; como alternativa, debe ser fijado el modo de escoger los árbitros (que pueden ser elegidos por un tercero). Si las partes no hubieren designado al árbitro o árbitros ni fijado el modo de su elección, y no hubiere acuerdo entre ellas en cuanto a la designación, el art. 7, n.º 2, de la LAV establece que cada una de las partes nombrará a un árbitro, a menos que acuerden que cada una de ellas nombre a más de uno, en número igual, permitiendo a los árbitros así designados la elección del árbitro que deba completar la constitución del tribunal. La Nueva LAV no introduce cambios significativos en esta materia.

El procedimiento de constitución del tribunal arbitral comienza con la notificación del demandado o demandados en el arbitraje. Dicha notificación debe ser hecha por la parte que pretenda instaurar el litigio por carta certificada con acuse de recibo; en ella se debe indicar el convenio arbitral y precisar el objeto del litigio si esto no resulta ya del convenio. En tal carta debe indicarse el nombre del árbitro o árbitros que la parte demandante escoge, así como la invitación a la parte demandada para que designe al árbitro o árbitros que le corresponda designar. Si estuviere previsto que el tribunal arbitral debe ser compuesto por un árbitro único designado por ambas partes, entonces, el demandante debe proponer el nombre de un árbitro a estos efectos, invitando a la parte demandada a aceptarlo (art. 11, n.ºs 1 a 5, de la LAV).

Por su parte, el art. 11, n.° 6, prevé que, en el caso en que la designación de uno o más de los árbitros deba ser hecha por una entidad o tercera persona, la parte demandante podrá provocar esta designación solicitando al tercero que efectúe la designación y la comunique a ambas partes.

Si la parte demandada acepta la invitación de la demandante deberá, en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la carta certificada a que se aludió *supra*, indicar el nombre del árbitro o árbitros que deba nombrar y, en su caso, podrá precisar o aumentar el objeto del litigio (art. 12, n.° 2, y art. 11, n.° 3 *in fine*, de la LAV).

Cuando un árbitro o árbitros no hayan sido nombrados a pesar de ser necesario que lo fueren, el nombramiento es encargado al presidente del tribunal de segunda instancia (*Tribunal da Relação*) del lugar fijado para el arbitraje o, no habiendo lugar fijado, del domicilio del requirente (art. 12 de la LAV). Este nombramiento puede ser solicitado pasado un mes de la notificación de la solicitud de arbitraje o del nombramiento del último de los árbitros a quien competa la elección, según los casos (art. 12, n.° 2).

El cambio introducido por la Nueva LAV es que la competencia deja de pertenecer siempre al mismo tribunal de segunda instancia, pasando a pertenecer al tribunal estatal competente en los términos recogidos en el art. 59.[58] Se mantiene en todo caso la regla de que dichos nombramientos no pueden ser objeto de recurso. Por otro lado, destaca la regla según la cual, cuando la elección sea encargada al tribunal estatal, éste deberá tener en cuenta las calificaciones exigidas por el acuerdo de las partes y todo lo demás que sea relevante para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial; se establece en concreto que cuando se trate de arbitraje internacional, el tribunal estatal, cuando designe a un árbitro único o un tercer árbitro, deberá tener en consideración la posible conveniencia de designar a un árbitro de nacionalidad diferente de la nacionalidad de las partes en el litigio (art. 10, n.° 6, de la Nueva LAV).

Por fin, una novedad de la Nueva LAV es la previsión de reglas sobre constitución del tribunal en caso de pluralidad de partes, que adopta una solución ya acogida en leyes extranjeras más recientes y en algunos reglamentos muy utilizados en arbitrajes internacionales.[59] En el art. 11 de la Nueva LAV[60] se prevé, sin perjuicio de lo que hayan acordado las partes al respecto, que, habiendo pluralidad de demandantes

---

58 Que podrá ser el *Tribunal da Relação*, o bien el *Tribunal Central Administrativo* tratándose de arbitraje en materia administrativa.

59 Como, por ejemplo, el art. 15.2.b) de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje de España; el art. 12.6 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, que entrará en vigor el 1 de enero de 2012; o el art. 13.4 de las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

60 Traducción libre.

o de demandados y debiendo el tribunal arbitral estar compuesto por tres árbitros, los primeros designarán conjuntamente a un árbitro y los segundos designarán conjuntamente al otro. En caso de que no haya acuerdo entre los varios demandantes o demandados, cualquier parte podrá solicitar al tribunal estatal que designe al árbitro restante. Se prevé incluso la posibilidad de que el tribunal estatal designe a todos los árbitros (y a quien será el presidente) si entiende que las partes que no lograron nombrar conjuntamente a un árbitro tienen intereses en conflicto relativos al fondo de la causa.[61]

3.2.2. Independencia e imparcialidad de los árbitros

La independencia e imparcialidad de los árbitros está hoy reglada en el art. 10 de la LAV, donde puede leerse lo que sigue:

> 1. A los árbitros no nombrados por acuerdo de las partes es aplicable el régimen de impedimentos y excusas establecido en la ley de proceso civil para los jueces.
> 2. La parte no puede recusar al árbitro por ella designado, salvo concurrencia de causa superveniente de impedimento o excusa, en los términos del número anterior.[62]

La letra de la ley puede ser interpretada en el sentido de excluir o de integrar a los árbitros de parte. Entendemos, en todo caso, que se debe hacer una cuidadosa lectura de esta disposición; por nuestra parte, concluimos que sólo se pretende excluir a los árbitros que hayan sido nombrados por acuerdo de ambas partes.[63]

Se establece, pues, actualmente una distinción entre los árbitros nombrados por acuerdo o no: sólo a los segundos se aplican las reglas de impedimento de los jueces consagradas en el art. 122 del Código de Proceso Civil[64] y también las reglas sobre

---

61 En este caso, la designación que alguna de las partes hubiese efectuado se quedará sin efecto.

62 Traducción libre.

63 Seguimos, en este particular, la opinión de França Gouveia, M. «*O dever de independência do árbitro de parte*». Disponible en http://arbitragem.pt/noticias/independencia.php (consultada el 1 de noviembre de 2011).

64 De acuerdo con esta norma, y de forma muy sumaria, ningún juez puede ejercer sus funciones: (i) cuando sea parte en la causa, por sí o como representante de otra persona, o cuando tenga en la causa un interés que le permitiera ser parte; (ii) cuando sea parte en la causa, por sí o como representante de otra persona, o su cónyuge o algún pariente estas personas tenga en la causa un interés que le permita figurar en ella como parte principal; (iii) cuando haya intervenido en la causa como mandatario o perito o cuando haya que decidir causa sobre la cual haya dado su opinión, aun en forma oral; (iv) cuando haya intervenido en la causa como mandatario judicial su cónyuge o algún pariente; (v) cuando se trate de recurso en proceso en el cual haya

excusa de los propios árbitros por sospecha consagradas en el art. 127 del mismo Código.[65] Esta solución ha sido muy criticada.[66] De hecho, el régimen de la sospecha del Código de Proceso Civil no determina el impedimento del juez para proseguir con el proceso, siendo tan sólo fundamento para que el juez pueda solicitar su dispensa. La verdad es que algunas de las situaciones consideradas como razones de sospecha pueden ser, en el caso del árbitro, verdaderos impedimentos.

Además, se plantean otras cuestiones, como el valor jurídico de un laudo dictado por un árbitro parcial y no independiente. En este caso la mejor doctrina[67] tiene entendido que un laudo dictado por un árbitro parcial y no independiente no puede ser sancionado por razones de orden público, sino que sólo se puede obtener sanción al final del procedimiento en sede de anulación. Será, así, en el plazo legal para requerir la anulación del laudo que se podrá deducir la cuestión de la imparcialidad o independencia, aunque no se haya deducido el impedimento en su momento. Esta interpretación es, en todo caso, un tanto peligrosa, ya que se podrá usar, si no es utilizada de buena fe, como medio para entorpecer el buen funcionamiento del arbitraje.

La temática de la independencia e imparcialidad de los árbitros es precisamente una de las que sufren grandes cambios con la Nueva LAV. De hecho, se consagra la independencia e imparcialidad como requisitos indispensables de los árbitros en el art. 9, n.º 3 («Los árbitros deben ser independientes e imparciales») y también en el art. 13, n.º 1 («Quien sea invitado a ejercer funciones de árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan suscitar fundadas dudas sobre su imparcialidad e independencia»). Además, se hace consagración expresa de que tales circunstancias deberán mantenerse a lo largo de todo el procedimiento, debiendo ser hecha nueva comunicación en caso de que aquéllas sean supervinientes o sólo conocidas después de la aceptación del encargo.

Al respecto de esta temática, conviene destacar lo dispuesto por el art. 12 de la Nueva LAV, según el cual quien acepte actuar como árbitro sólo podrá liberarse del encargo por razón de causa superviniente que imposibilite el ejercicio de tal función

---

intervenido como juez de otro tribunal; (vi) cuando se trate de recurso de decisión proferida por alguno de sus parientes; (vii) cuando sea parte en la causa persona contra la que se haya propuesto acción civil o penal, como consecuencia de hechos practicados en el ejercicio de su profesión, o bien cuando sea parte su cónyuge o algún pariente; (viii) cuando haya sido o deba ser testigo; y (ix) cuando esté en cualquier situación de las anteriores personas que con el juez viva en economía común.

65 Esta norma prevé que el juez podrá solicitar su dispensa para intervenir en la causa en varias situaciones (parentesco distinto de los casos del art. 122; situación de tutela, herencia, intimidad o enemistad, etc.) y aun «cuando, por otras circunstancias ponderosas, entienda que puede sospecharse de su imparcialidad» (traducción libre).

66 Por todos, PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, pp. 300 *et seq*.

67 Una vez más, por todos, PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, pp. 300 *et seq*.

(o en caso de que no haya acuerdo escrito sobre los honorarios de los árbitros). Además, la persona designada como árbitro debe comunicar su aceptación en el plazo de 15 días a contar desde la comunicación de su designación; si no lo hace o si no revela su intención de ser árbitro de otra forma, se considera que no aceptó el cargo. Por otro lado, si después de haber aceptado no ejerce injustificadamente su cargo, responderá por los daños que pueda causar.

La gran diferencia aquí con respecto a la LAV, es que ésta, en su art. 9, si bien contiene esencialmente las mismas reglas, considera que hay una aceptación tácita cuando el árbitro designado no declare, hasta 10 días después de su nombramiento, que no desea ejercer la función.

3.2.3. Recusación de los árbitros

La LAV guarda silencio en lo que respecta al procedimiento de recusación de árbitros; además, no hay ninguna previsión de intervención de los tribunales estatales. Se diría que la solicitud de recusación debería interponerse ante el tribunal arbitral y que, si es admitido un recurso contra la decisión arbitral, entonces esta decisión interlocutoria podría ser impugnada sólo al final. No obstante, ante la total omisión de la LAV, es un tema complejo que puede causar problemas.

La Nueva LAV pretende cambiar esta cuestión reglamentando el procedimiento de recusación en sus arts. 13, n.^{os} 3 y 14. Se prevé que un árbitro podrá ser recusado si hay circunstancias que pueden suscitar fundadas dudas sobre su imparcialidad e independencia o si el árbitro no tuviere las calificaciones que las partes hayan pactado. Además, se prevé que una parte sólo pueda recusar a un árbitro que haya designado, o en la designación del cual haya intervenido, con fundamento en una causa de la cual sólo haya tenido conocimiento después de la designación.

En lo que respecta al procedimiento, se prevé que las partes son libres de pactarlo. No existiendo acuerdo, la parte que desee recusar al árbitro deberá exponer por escrito al tribunal arbitral los motivos de la recusación en el plazo de 15 días contados de la fecha en la cual haya tenido conocimiento de las circunstancias que motivan la recusación. En caso de que el árbitro no renuncie y la parte que lo nombró insista en mantenerlo, entonces, el tribunal arbitral (incluido el árbitro recusado) decidirá sobre la solicitud presentada. La parte que haya recusado al árbitro podrá, en el plazo de 15 días contados de la decisión que rechace la recusación, solicitar al tribunal estatal competente que tome una decisión sobre la recusación, sin que quepa recurso contra la decisión del tribunal estatal. Mientras transcurra el procedimiento ante el tribunal estatal, el tribunal arbitral (incluido el árbitro recusado) puede proseguir con el procedimiento arbitral y, asimismo, emitir su laudo.

3.2.4. Sustitución de los árbitros

La LAV dedica una sola norma a este tema estableciendo que, en caso de muerte, excusa o imposibilidad permanente, o si la designación queda sin efecto, la sustitución de los árbitros se hará de acuerdo con las reglas aplicables a su nombramiento o designación, con las necesarias adaptaciones (*cfr.* art. 13).

También aquí la Nueva LAV es innovadora, reglamentando la materia en sus arts. 15 y 16. Así, se considerará que cesan las funciones del árbitro: (i) que se quede incapacitado, de hecho o de derecho, para ejercerlas; (ii) si renuncia a sus funciones; o (iii) si las partes de común acuerdo terminaren las funciones del árbitro con base en los fundamentos indicados. Si las partes no lograren llegar a un acuerdo sobre el alejamiento del árbitro, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal estatal competente que lo destituya; en ese caso, la decisión del tribunal estatal no será recurrible.

Cesando las funciones del árbitro sustituido, será nombrado un árbitro sustituto de acuerdo con las reglas aplicadas a la designación del árbitro sustituido, sin perjuicio de la existencia de un acuerdo de las partes en otro sentido o si las partes estuvieren de acuerdo en prescindir del árbitro. En caso de nombramiento de un árbitro sustituto, el tribunal arbitral decidirá si algún acto debe ser repetido ante la nueva composición del tribunal.

3.2.5. Responsabilidad de los árbitros

Finalmente, debe hacerse una referencia respecto a la consagración expresa, en el art. 9 de la Nueva LAV, del hecho de que los árbitros no pueden ser responsabilizados por daños causados por las decisiones por ellos proferidas, salvo en los casos en los cuales los jueces lo puedan ser: esta responsabilidad sólo tiene lugar ante las partes (al contrario de la de los jueces, que puede tener lugar ante el Estado). Es, de hecho, una norma poco común, pero que corresponde a un entendimiento generalmente aceptado en el Derecho portugués.

La Nueva LAV prevé otros casos de responsabilidad de los árbitros por violación de sus deberes —y no ya por el contenido de sus decisiones— en los arts. 12, n.° 3, y 43, n.° 4. Así, los árbitros serán responsables por los daños que causen si renunciaren sin justificación a ejercer su función y aun si, igualmente sin justificación, obstaren a que el laudo fuere proferido en el plazo fijado.

3.3. El procedimiento arbitral

Desafortunadamente, hoy por hoy, hay aún cierta tendencia en Portugal (sobre todo en arbitrajes internos) tanto por árbitros como por abogados, de copiar el modelo

procesal civil. Ello puede quizás deberse en gran parte a lo que ya dijimos respecto de la historia reciente del arbitraje en Portugal, pues el tratamiento del arbitraje en Portugal fue, hasta 1986, «marcadamente judicializado».[68] Y esto, no obstante, el hecho de que la LAV sólo se refiere expresamente al proceso civil en sus arts. 10, n.° 1 (sobre impedimentos de los árbitros); y 18, n.° 1 (sobre pruebas) y de que la propia exposición de motivos de la LAV afirma expresamente que «(...) se figura que la constitución y el funcionamiento de los tribunales arbitrales se deben desvincular de toda la desnecesaria o desrazonable intervención de los tribunales judiciales, reconociéndose a las partes, dentro de los límites fijados en la ley, el poder y deber de forjar las soluciones requeridas para la correcta actuación de la institución arbitral».[69]

Sin embargo, la LAV no contiene muchas normas con respecto al procedimiento arbitral; de hecho, sólo le dedica cuatro artículos (del 15 al 18): el art. 15 versa sobre las reglas del proceso, el art. 16 sobre los principios fundamentales a observar en el proceso, el art. 17 sobre la representación de las partes y el art. 18 sobre las pruebas. Por tanto, no es extraño que algunos árbitros tengan la tentación de acudir a la legislación procesal civil para colmar lagunas de la normativa arbitral.

Veremos cada uno de ellos en seguida, haciendo la comparación, una vez más, con la Nueva LAV, en la cual podemos encontrar un avance sustancial en estas materias.

3.3.1. Ley aplicable al procedimiento arbitral

La LAV, como se dijo anteriormente, se aplica según su art. 37 a todos los arbitrajes que tengan lugar en territorio nacional; no hay ninguna norma específica en materia de arbitraje internacional. Se aplica, así, al procedimiento lo previsto en el art. 15, de donde resulta que las partes pueden acordar las reglas del proceso a observar en el arbitraje, así como el lugar en el cual funcionará el tribunal. Este acuerdo puede constar en el convenio arbitral o en escrito posterior hasta la aceptación del primer árbitro. Tal acuerdo podrá, incluso, resultar de la elección de un reglamento de arbitraje de alguna institución arbitral o de la elección de una de aquellas instituciones para organizar el arbitraje. Finalmente, los árbitros podrán escoger las reglas del procedimiento y el lugar del arbitraje, siempre que no haya habido acuerdo de las partes (o *con* las partes).

---

[68] Alfaiate, F. «A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado». En *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Almedina, 2009, pp. 131-171, en p. 135.

[69] Exposición de Motivos de la LAV. *Diário da Assembleia da República n.° 83,* de 2 de julio de 1986.

El art. 30, n.ºs 2 y 3, de la Nueva LAV trata la cuestión en términos muy similares, pero con algunas diferencias. Se define que, no habiendo acuerdo y faltando disposiciones imperativas de la ley de arbitraje, los árbitros podrán conducir el arbitraje como consideren apropiado, debiendo, si es el caso, explicar que consideran subsidiariamente aplicable lo dispuesto en la ley procesal civil. Con este cambio, esta aplicación subsidiaria ahora sólo tendrá lugar cuando el tribunal así lo determine.

Se incluye en la Nueva LAV un artículo dedicado al lugar del arbitraje —el 31— que determina que las partes lo pueden fijar libremente, pero que, si no hay acuerdo, el tribunal hará la fijación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, incluso la conveniencia de las partes. Se añade que el tribunal podrá, no obstante el lugar fijado, reunirse —salvo acuerdo de las partes en contrario— en cualquier lugar que entienda apropiado para realizar una o más audiencias o cualquier diligencia de prueba o deliberar.

3.3.2. Igualdad de partes y derecho de ser oído

El art. 16 de la LAV versa sobre los principios a observar en el proceso arbitral. De este modo: (i) las partes serán tratadas con absoluta igualdad; (ii) el demandado será citado para defenderse; (iii) en todas las fases del procedimiento será garantizada la estrecha observancia del principio de contradicción; y (iv) ambas partes deben ser escuchadas, oralmente o por escrito, antes de ser proferido el laudo final. La violación de cualquiera de estos principios será causa de anulación del laudo, en caso de que esta violación haya tenido una influencia decisiva en la resolución del litigio (art. 27, n.° 1, letra c) de la LAV).

La Nueva LAV introduce pequeños cambios a este respecto: (i) se retira la referencia a la *absoluta igualdad* de las partes, manteniéndose sólo una referencia a la *igualdad*;[70] (ii) se clarifica que la garantía del principio de contradicción a lo largo del

[70] La APA en sus anotaciones a su proyecto (en http://arbitragem.pt/projectos/projecto-nova-lav-anotada-21052010.pdf, *cit.*), aquí igual a la Nueva LAV, dice lo siguiente: «Parece claramente preferible consagrar como principio fundamental del arbitraje el que las partes sean "tratadas con igualdad" (como hacen, por ejemplo, la Ley-Modelo de UNCITRAL, art. 18; la Ley Alemana (ZPO), §1042 (1); y la Ley Española, art. 24.1), en vez de decir que deben ser "tratadas con absoluta igualdad (como hace la actual LAV)"» (traducción libre). En efecto, como ha evidenciado PAULSSON, J. en un brillante texto escrito en 2006 («The Timely Arbitrator; Reflections on the Böckstiegel Method». En *Arbitration International*, vol. 22, n.° 1, pp. 19-26): «*[…] equality may be an elusive concept [...]. If A needs to demonstrate the truth of only single proposition in order to prevail, while B will lose unless it demonstrates the truth of ten more intricate propositions, it can hardly be said that mathematically equal time results in substantially equal opportunity to present one's case*». Así, el propio principio del «proceso equitativo» —consagrado en el art. 20, n.° 3, de la Constitución portuguesa (y originario del art. 6 del Convenio para la protección de

procedimiento tiene las excepciones previstas en la ley; y, (iii) en lugar de decirse que las partes deben ser escuchadas antes de ser proferido el laudo, se establece que debe ser dada la oportunidad razonable a las partes de hacer valer sus derechos, por escrito u oralmente, antes de ser proferido el laudo.[71]

3.3.3. Pruebas

En lo que respecta a las pruebas, el art. 18 de la LAV dice lo siguiente:

> 1. Puede ser producida ante el tribunal arbitral cualquier prueba admitida por la ley de proceso civil.
> 2. Cuando la prueba a producir dependa de la voluntad de una de las partes o de un tercero y estos rechacen la necesaria colaboración, puede la parte interesada, una vez obtenida autorización del tribunal arbitral, requerir al tribunal judicial que la prueba sea producida ante este, siendo sus resultados remitidos aquel primer tribunal.[72]

En el art. 38 de la Nueva LAV desaparece la referencia a la ley procesal civil, manteniéndose en términos casi iguales lo que se transcribió *supra* en el art. 18, n.º 2. Se añade que se aplicará lo mismo a solicitudes de prueba que sean dirigidas a un tribunal estatal portugués cuando se trate de arbitrajes localizados en el exterior.

Se dice, en sustitución de la remisión a la ley procesal civil, que los poderes conferidos al tribunal arbitral comprenden el poder de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de cualquier prueba producida o a producir. Una vez más, se refuerza la idea de que los árbitros son soberanos y de que no deben someterse a la ley procesal civil y sus constreñimientos. De hecho, la ley procesal civil contiene algunas reglas que, llevadas literalmente a la práctica, podrían causar problemas al normal desarrollo del arbitraje: por ejemplo, la prohibición de que las partes puedan comparecer como testigos.

---

los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950)—, norma que es indudablemente aplicable al arbitraje —podrá imponer una aplicación flexible (*i.e.*, no absoluta o rígida) del principio de la «igualdad de tratamiento de las partes»—.

71 Una vez más, la justificación de la APA: «En vez de prever, como hacen el art. 18 de la Ley Modelo de UNCITRAL y el § 1042 (1) del ZPO alemán, que el tribunal arbitral debe dar a las partes «*a full opportunity of presenting his case*», parece preferible establecer que les debe ser dada «*a reasonable opportunity to present its case*», como hacen el *English Arbitration Act*, section 33(1)a); el *Scottish Arbitation Act*, *section* 33(1)a) y los Reglamentos de la ICC y de la LCIA; y el Reglamento de la AAA, por su parte, manda que les sea dada «*a fair opportunity to present its case*», mientras que la Ley española determina que sea dada a cada una de las partes suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos». La traducción es libre.

72 Traducción libre.

3.3.4. Otras reglas de proceso contenidas en la Nueva LAV

La Nueva LAV optó por regular de forma supletoria algunos aspectos esenciales del proceso arbitral, teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL así como otras leyes y la mejor y más moderna doctrina extranjera. Muy sumariamente, se prevé lo que sigue:

(i) Si las partes no lograren escoger libremente el idioma o idiomas, el tribunal determinará el idioma a utilizar.

(ii) El tribunal podrá ordenar que cualquier documento sea acompañado de traducción al idioma o idiomas del procedimiento.

(iii) Por regla general, el procedimiento tendrá inicio en la fecha de sumisión del litigio al arbitraje. El demandante debe presentar su petición enunciando su pedido y los hechos en los cuales lo basa, mientras que el demandado debe presentar su contestación explicando su defensa sobre aquéllos. Las partes pueden adjuntar cualesquier documentos y mencionar documentos u otros medios de prueba que presentarán después.

(iv) La petición o la contestación podrán ser modificadas o completadas, salvo acuerdo en contrario de las partes o en caso de que el tribunal entienda no deber admitirlo en razón del retraso con que sean formuladas sin justificación bastante.

(v) El demandado podrá deducir reconvención si su objeto está cubierto por el convenio arbitral.

(vi) Salvo acuerdo en contrario, el tribunal decidirá si habrá audiencias para la producción de prueba o si se decide el caso sólo con base en documentos y otros elementos de prueba. El tribunal debe, en todo caso, celebrar una audiencia si una de las partes lo solicita.

(vii) Todos los escritos deben ser comunicados a la otra parte así como cualquier informe pericial o elemento de prueba documental.

(viii) La no presentación de petición en los términos descritos lleva a que el tribunal ponga término al procedimiento. Empero, la falta de contestación no impide el proseguimiento del proceso; en ese caso, el tribunal no debe considerar tal omisión como aceptación de las alegaciones del demandante. Se aplica el mismo principio cuando alguna de las partes no comparezca a una audiencia; en ese caso, el tribunal decidirá con base en la prueba presentada.

(ix) En todo caso, el tribunal podrá permitir la práctica del acto omitido si considera justificada la falta. Esta regla y las demás descritas en (viii) *supra* valen también sólo si las partes no hubieren pactado otras sobre las consecuencias de dichas omisiones.

(x) El tribunal podrá nombrar, salvo acuerdo en contrario, *ex officio* o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para pronunciarse sobre puntos específicos a determinar por el tribunal. En estos casos el tribunal puede solicitar a cualquiera de las partes que dé al perito cualquier información relevante o que presente o faculte acceso a cualesquiera documentos u otros objetos relevantes para su inspección. El perito podrá participar en una audiencia, salvo acuerdo en contrario, si una de las partes lo solicita o el tribunal lo entiende necesario.

3.4. Medidas cautelares

La LAV no contiene ninguna referencia a las medidas cautelares.

Hasta el inicio del siglo XXI, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entendía que sólo los tribunales estatales podían decretar medidas cautelares. Pero, más recientemente, la doctrina comenzó a defender que también los tribunales arbitrales lo podrían hacer.[73] El principal argumento es que, al no decir nada la LAV, las partes pueden pactar que el tribunal arbitral pueda decretar, por lo menos, cierto tipo de medidas cautelares. Hay, en todo caso, ciertos autores que excluyen aquellas medidas que impliquen *coercio* (que los tribunales arbitrales no tienen).[74] Alguna jurisprudencia[75] admitió ya esta posibilidad en algunos casos, si bien no se trata de jurisprudencia unánime.[76]

---

[73] En este sentido se pronunciaron ya De Lima Pinheiro, L. *A Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*. Almedina, pp. 86-87; Calvão da Silva. «Tribunal Arbitral e Providências Cautelares». En *Centro de Arbitragem Comercial, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções.* Almedina, 2008, p. 99; Costa e Silva, P. «A Arbitrabilidade das Medidas Cautelares». In *Revista do Ordem dos Advogados,* n.º 63, 2003, I-II, pp. 230-231; y Malheiro, G. *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para o Decretamento de providências Cautelares*. Vida Económica, 2008, p. 27, por ejemplo. *Cfr.*, por todos, Ribeiro Mendes, A. *Introdução às Práticas Arbitrais*. *Op. cit.*, p. 152; y también «As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral». En *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano II*, 2009, pp. 57-113, en p. 90.

[74] Malheiro, G. *Op. cit.*, pp. 33 *et seq.*

[75] Fallo del *Tribunal da Relação* de Lisboa de 20 de abril de 2006 y fallo del *Tribunal da Relação* de Oporto de 17 de mayo de 2005, disponibles en www.dgsi.pt (consultada el 1 de noviembre de 2011).

[76] Fallo del *Tribunal da Relação* de Lisboa de 21 de enero 2010, disponible en www.dgsi.pt (consultada el 1 de noviembre de 2011).

La Nueva LAV introduce en sus arts. 20 a 29 varias normas a este respecto, siguiendo el ejemplo de la Ley Modelo de UNCITRAL. Como preludio de esta nueva reglamentación, se hace constar en el art. 7 el principio general de que «[n]o es incompatible con una convención de arbitraje la solicitud de medidas cautelares presentada a un tribunal estatal, antes o durante el proceso arbitral, ni la adopción de tales medidas por aquel tribunal».[77] [78]

3.4.1. Jurisdicción concurrente de los tribunales estatales y arbitrales para dictar medidas cautelares

La Nueva LAV prevé la adopción de medidas cautelares, tanto por el tribunal arbitral (arts. 20 y siguientes), como por los tribunales estatales.

En su art. 29 indica que los tribunales estatales tienen poder para adoptar medidas cautelares en relación con procedimientos arbitrales, independientemente de donde ocurran éstos, en los mismos términos en los cuales pueden hacerlo ante un tribunal judicial. Se dice, además, que los tribunales estatales deberán tener en cuenta, en su caso, las características específicas del arbitraje internacional.

3.4.2. Tipo de medidas cautelares

En lo que respecta a los tribunales arbitrales, la Nueva LAV, siguiendo de cerca la Ley Modelo, introduce la distinción entre órdenes preliminares y medidas cautelares.

Las primeras son, por naturaleza, de duración corta (caducan después de 20 días contados de la fecha de su adopción por el tribunal) y no pueden ser objeto de ejecución forzosa, buscando, sobre todo, preservar la situación existente en cuanto el tribunal arbitral no puede adoptar una medida cautelar. Asimismo, pueden ser ordenadas sin previa audición de la parte contraria (*ex parte*).

Por su parte, las segundas —verdaderas medidas cautelares— sólo podrán ser adoptadas después de oída la otra parte. Es respecto de estas medidas que la Nueva LAV regula la colaboración de los tribunales estatales, que se analizará *infra*.

Se considera como medida cautelar, a efectos de la Nueva LAV, toda medida de carácter temporal, decretada por sentencia o decisión, por la cual en cualquier momento antes de ser proferido el laudo final, el tribunal arbitral ordena a una parte que: (i) mantenga o restaure una situación anteriormente existente en cuanto el litigio no

---

77 Traducción libre.

78 Esto era ya, de hecho, tradicionalmente entendido por la doctrina portuguesa.

haya sido dirimido; (ii) practique o se abstenga de practicar actos que probablemente causen daño o perjuicio relativo al proceso arbitral; (iii) asegure la preservación de bienes sobre los cuales una sentencia subsecuente pueda ser ejecutada; o, (iv) preserve medios de prueba que puedan ser relevantes e importantes para la resolución del litigio.

Las órdenes preliminares, como se dijo, servirán para que no se frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada, debiendo, por lo tanto, ser solicitadas en conjunto con éstas. Cabe señalar que las partes pueden acordar que el tribunal arbitral no pueda dictar órdenes preliminares.

3.4.3. Condiciones para la obtención de medidas cautelares y órdenes preliminares

Para que puedan ser adoptadas por el tribunal arbitral las medidas cautelares indicadas *supra*, debe haber una probabilidad seria de la existencia del derecho invocado por el requirente mostrando suficientemente fundado el riesgo de sufrir un daño. Además, el perjuicio resultante para el requerido de la adopción de la medida no debe exceder considerablemente el daño que con la medida se pretende evitar. En lo que respecta a la medida indicada en (iv) *supra*, estos requisitos sólo se aplicarán si el tribunal lo considera adecuado.

Para la adopción de órdenes preliminares, el tribunal deberá considerar que la previa revelación de la solicitud de medida cautelar a la parte contra la cual se dirige, crea el riesgo de que se frustre la finalidad de dicha medida. Se consideran aplicables los mismos requisitos de las medidas cautelares.

El tribunal puede solicitar que sea prestada caución a quien requiera una medida cautelar; mientras que en el caso de las órdenes preliminares, el tribunal debe, por regla, ordenar la prestación de caución. La parte que solicite la adopción de una medida cautelar o de una orden preliminar será responsable por cualesquiera costos o perjuicios causados a la otra parte si el tribunal, más tarde, decide que no debería haber sido adoptada la medida u orden. En este caso, puede, en cualquier estado del procedimiento, incluso, condenar a la parte que requiere la medida u orden al pago de la correspondiente indemnización.

3.4.4. Recurso contra medidas cautelares u órdenes preliminares

La regla de intervención en el procedimiento arbitral de los tribunales estatales se encuentra en el art. 59, n.° 8, de la Nueva LAV. En esa disposición se puede leer que, salvo cuando se defina que la decisión del tribunal estatal competente no es susceptible de recurso, será posible recurrir las decisiones proferidas por tribunales estatales

ante el tribunal jerárquicamente superior si la decisión fuera recurrible de acuerdo con las normas aplicables a la posibilidad de recurso de dichas decisiones.

En lo que respecta a la posibilidad de recurrir contra medidas cautelares u órdenes preliminares, el art. 27, n.° 4 de la Nueva LAV dispone que no son susceptibles de recurso ni la sentencia del tribunal arbitral que decida sobre una orden preliminar o medida cautelar ni la sentencia de un tribunal estatal que decida sobre el reconocimiento o ejecución forzosa de una medida cautelar de un tribunal arbitral.

3.4.5. Ejecución en Portugal de medidas cautelares

a. Ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en Portugal

La Nueva LAV dedica una sección compuesta por tres extensos artículos —del 27 al 29— al reconocimiento y ejecución forzosa de medidas cautelares.

En el art. 27, n.° 1, se consagra el principio de que una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral es obligatoria para las partes y que puede, a menos que el tribunal arbitral haya decidido de otro modo, ser forzosamente ejecutada mediante solicitud dirigida al tribunal estatal competente. Aun como principio general, se consagra que el tribunal estatal que reciba la solicitud puede, si lo entiende conveniente, ordenar al requirente que preste caución adecuada si el tribunal arbitral no lo ha hecho ya o si ello se revelase necesario para la protección de los intereses de terceros.

Los motivos de rechazo de reconocimiento o ejecución forzosa están contenidos en el art. 28 de la Nueva LAV. De acuerdo con esta norma, el rechazo podrá ocurrir a solicitud de la parte contra la cual la medida sea adoptada si el tribunal estatal entiende que: (i) el rechazo se justifica con fundamento en algunos de los motivos previstos en el art. 56,[79] n.° 1, letra a), (i) a (iv); o, (ii) la decisión del tribunal arbitral sobre prestación de caución relacionada con la medida cautelar no ha sido cumplida; o, (iii) la medida ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en su caso, por un tribunal estatal del Estado extranjero en el cual el arbitraje tiene lugar o bajo cuya ley la medida ha sido adoptada.

El rechazo podrá también ocurrir si el tribunal estatal considera, *ex officio* o a instancia de parte, que: (i) la medida no es compatible con los poderes conferidos al tribunal estatal, salvo que este decida reformularla en la medida necesaria para adaptarla a su propia competencia y régimen procesal, para poder ejecutarla forzosamente

[79] Esta disposición está inserta en el capítulo dedicado al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, materia que se analizará *infra* en el apartado IV del presente trabajo, al que nos remitimos.

sin alterar su esencia; o (ii) están verificados algunos de los fundamentos de rechazo previstos en el art. 56, n.° 1, letra b), (i) o (ii).[80]

Finalmente, el tribunal estatal no deberá hacer ninguna revisión sobre el fondo de la medida cuya ejecución le sea solicitada.

b. Ejecución de medidas cautelares ordenadas en el extranjero

a) Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales extranjeros

La regla del art. 27, n.° 1, se aplica a las medidas cautelares adoptadas en arbitrajes con sede en el exterior. Así, éstas serán obligatorias para las partes, pudiendo ser objeto de ejecución forzosa en los mismos términos.

b) Ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales estatales extranjeros

Como se refirió *supra*, un tribunal estatal podrá rechazar el reconocimiento o ejecución de una medida cautelar cuando ésta haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en su caso, por un tribunal estatal del país extranjero en el cual el arbitraje tiene lugar o bajo cuya ley la medida ha sido adoptada. De aquí se concluye que también las medidas cautelares adoptadas por tribunales extranjeros podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución en Portugal por un tribunal estatal en los términos que acabamos de describir.

3.5. Derecho aplicable al fondo del asunto

El tema de la ley aplicable al fondo del asunto es una cuestión y un problema clásico en el arbitraje internacional que requiere algunas consideraciones de Derecho Internacional Privado. Por supuesto y con carácter general, son las partes las que pueden elegir, en primer lugar, la ley aplicable. Pero, el ordenamiento jurídico portugués —como muchos otros, y de acuerdo con diversos reglamentos de arbitraje internacionales— permite que el tribunal arbitral decida con arreglo a la equidad o como *amigable componedor*. Otro tema distinto es la posible aplicación y validez de la *lex mercatoria* en el fuero interno e internacional.

Las partes podrán incluir el pacto de la elección del derecho aplicable en el propio acuerdo de arbitraje. Algunos autores portugueses enseñan que esta práctica es,

[80] *Idem*.

incluso, aconsejable para que los árbitros sepan inmediatamente qué ley se aplica a la controversia antes de aceptar el cargo de árbitro.[81]

3.5.1. Elección del derecho aplicable por las partes y lex mercatoria

En los arbitrajes internos, el tribunal arbitral aplica las normas de derecho establecidas en el ordenamiento jurídico portugués (art. 22 de la LAV). Las partes podrán también autorizar que el tribunal decida con arreglo a la equidad: esta autorización debe ser dada por escrito[82] en el acuerdo de arbitraje o firmado en otro documento antes de la aceptación del primer árbitro.

El art. 39 de la Nueva LAV no altera significativamente este régimen, aunque se añade la posibilidad de que el tribunal decida con arreglo a los intereses comerciales en juego, en caso de que las partes así lo determinen. Se añade también que, si el acuerdo de las partes sobre el recurso a la equidad es posterior a la aceptación del primer árbitro, su eficacia depende de la aceptación por parte del tribunal arbitral.

En los arbitrajes internacionales, por su parte, bajo la LAV las partes podrán escoger el derecho a aplicar por los árbitros, si éstos no hubieren sido autorizados a juzgar de acuerdo con la equidad[83] o como *amigables componedores*.[84]

Puesto que la ley no lo dice expresamente, cierta doctrina entiende que se permite la elección de reglas no pertenecientes a un ordenamiento jurídico nacional, si se trata de reglas que correspondan a principios y reglas de derecho material, generalmente reconocidos como vinculantes en el ámbito del comercio internacional.[85]

---

[81] PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit*., p. 771; y DE LIMA PINHEIRO, L. *A Arbitragem Transnacional*. *Op. cit.*, pp. 128-129.

[82] No es suficiente la referencia a un reglamento de un centro de arbitraje que incluya la posibilidad del tribunal decidir *ex aequo et bono*. La autorización debe ser expresa. *Vide* DE LIMA PINHEIRO, L. *A Arbitragem Transnacional*. *Op. cit.*, p. 158.

[83] *Cfr.* art. 33 de la LAV.

[84] *Cfr.* art. 35 de la LAV.

[85] Mientras la LAV no se refiere expresamente a ellos, la autora del proyecto que originó la LAV admitió en un estudio publicado en 1991 que el art. 33 de la LAV comporta la posibilidad de elección por las partes de normas jurídicas de fuente *anacional* e incluso por el tribunal ante el silencio de las partes. *Vide* DE MAGALHÃES COLAÇO, I. (autora del proyecto), «L'arbitrage international dans la recente loi portugaise sur l´arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques refléxions». En *Droit international et droit communautaire – Actes du colloque – Paris, 5 et 6 Avril 1990*. París: Fondation Calouste Gulbenkian, 1991, pp. 55-66. *Vide* también el proyecto de la APA comentado (en http://arbitragem.pt/noticias/projecto-nova-lav-anotada-21052010.pdf, cit.).

Por su parte, la Nueva LAV, en su art. 52, en lugar de referirse a que las partes pueden escoger «el derecho a aplicar» pasa ahora a referirse a «las reglas de derecho a aplicar».[86] Se clarifica, así, que pueden ser escogidas normas jurídicas de fuente no nacional. Además, la norma también clarifica que cualquier designación de ley o sistema jurídico será considerada como que designa directamente el derecho material del Estado y no un reenvío a sus normas de conflicto (salvo estipulación expresa en contrario).

Por otro lado, como puede verificarse, el ordenamiento portugués hace una distinción entre la equidad y la amigable composición o composición de intereses, a diferencia de la mayoría de las jurisdicciones y de los modernos reglamentos de arbitraje internacionales. A modo de ejemplo y comparación, cabe señalar que el art. 35 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) permite que el tribunal arbitral decida «como amigable componedor (*ex aequo et bono*)» sin distinguir estos dos conceptos.

La distinción de estos conceptos en términos prácticos es laboriosa; sin embargo, la equidad o decisión *ex aequo et bono* se traduce en Portugal en una forma de justicia individual potencialmente libre de los principios de la ley establecida, dictada por la apreciación del caso concreto. Por lo contrario, un tribunal arbitral que decida como «amigable componedor» queda obligado a aplicar la ley establecida y a respetar sus límites: lo que puede hacer es asignar una mayor importancia al equilibrio de intereses y prestaciones en cuestión, particularmente, por ejemplo, en el establecimiento de una compensación.[87] La Nueva LAV mantiene en su art. 39 (aplicable al arbitraje internacional según la remisión hecha por el art. 49) la distinción entre estas dos formas de decisión.

---

[86] Cambio en línea con el ahora art. 35.1 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en el 2010), que permite al tribunal aplicar «las normas de derecho» mientras que el art. 33.1 del Reglamento de 1976 indica que el tribunal aplicará «*la ley*».

[87] En este sentido, Ribeiro Mendes, A. *Introdução às Práticas Arbitrais*. *Op. cit.*, pp. 186 *et seq.*, con referencia a De Lima Pinheiro, L. *Arbitragem Transnacional*, *Op. cit.*, pp. 159-163; Poudret, J.F. y S. Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. 2ª Ed. Thomson/Sweet & Maxwell, 2007, p. 618 (traducido por Berti, S.V. y A. Ponte). En sentido contrario, Moura Vicente, D. *Direito Internacional Privado - Ensaios - vol. II*. Almedina, p. 285, que entiende que en cuanto la equidad involucra un juicio sobre la solución más justa, el árbitro a quien hayan sido conferidos poderes de amigable componedor no está obligado a decidir según el derecho constituido. Entiende que, más allá de posibilitar una solución equitativa, la cláusula de composición amigable pretende permitir que los árbitros promuevan entre las partes un clima pacífico y amistoso. Así, la figura del amigable componedor es distinta de la decisión según la equidad, constituyendo una figura intermedia entre ésta y la conciliación o mediación.

3.5.2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes

En los arbitrajes internos, como hemos visto, el tribunal arbitral decide con arreglo al derecho constituido, por lo que la falta de elección por las partes determinará que los árbitros identifiquen la *lex causae* del contrato o acuerdo principal y sigan esos preceptos en su decisión (sin perjuicio de la posibilidad de que los árbitros seleccionaren otro derecho). Aunque los árbitros no pertenecen al orden estatal —no están estrictamente obligados a la observancia de los instrumentos nacionales e internacionales en materia de elección de derecho aplicable— la ley de la relación jurídica entre los litigantes debe ser elegida por el órgano decisor.

En los arbitrajes internacionales, en caso de que no haya habido elección del derecho aplicable, actualmente el tribunal arbitral aplicará el derecho más apropiado al litigio.[88] La Nueva LAV, en su art. 52, altera un poco esta regla, pasando a preverse que el tribunal arbitral aplicará el derecho del Estado con el cual el objeto del litigio presente una conexión más estrecha.[89]

Se añade además en la Nueva LAV que, sea cuando las partes hayan escogido la ley, sea cuando no lo hayan hecho, el tribunal arbitral deberá considerar las estipulaciones contractuales de las partes y los usos comerciales relevantes.[90]

3.5.3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

El art. 22 del Código Civil portugués establece que no son aplicables los preceptos de la ley de otro Estado cuando esa aplicación ofenda los principios fundamentales del orden público internacional del Estado portugués. Esta limitación a la libertad de las partes y de los árbitros resulta también de sucesivas convenciones internacionales de unificación del derecho de conflictos, especialmente sobre el reconocimiento de los efectos de decisiones judiciales extranjeras,[91] y también aparece prominentemente en

---

88 *Cfr*. art. 33, n.º 2, de la LAV.

89 Según la APA, esta opción tuvo que ver con el recelo de que la concesión a los árbitros de una libertad ilimitada de elección de las reglas de derecho aplicables al fondo pudiera defraudar las legítimas expectativas de las partes a este respecto, siguiéndose en esto respecto a la ley alemana (§ 1051).

90 Se trata de una solución paralela al Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) que estipula en su art. 35.3 que «en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso».

91 DE LIMA PINHEIRO, L. *Direito Internacional Privado*, *volume I – Introdução e Direito de Conflitos, Parte Geral*. Almedina, 2001, p. 462, con la excepción de que un Estado no podrá rechazar

el art. 21 del Reglamento (CE) n.° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Reglamento Roma I»).[92] Como en el Convenio de Roma de 1980[93] (reemplazado por el Reglamento Roma I en los Estados Miembros de la Unión Europea),[94] sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país cuando esa aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro portugués.

A semejanza de otros Estados, otro de los factores que limitan la libertad de las partes y de los árbitros es la existencia de leyes de policía o de aplicación necesaria, que pueden ser integradas en el concepto de orden público del foro. Se refieren a disposiciones cuya observancia el Estado portugués considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, con exclusión de cualquiera que sea la ley aplicable por las partes o por el tribunal arbitral, y tienen un campo de aplicación transversal a todo el ordenamiento portugués.[95]

3.6. El laudo

El Capítulo IV de la LAV, dedicado al laudo, trata de varias materias: el plazo para la decisión, la forma de deliberación, la decisión sobre la competencia del tribunal arbitral,[96] el derecho aplicable,[97] los elementos de la decisión, los trámites posteriores al laudo, la extinción de los poderes del tribunal y de la fuerza de cosa juzgada y ejecutiva del laudo.

En lo que respecta al plazo, el art. 19 de la LAV dispone que, salvo acuerdo distinto de las partes, el plazo para proferir el laudo es de seis meses contados de la fecha de designación del último árbitro, plazo que puede ser prorrogado hasta el doble de su duración inicial por acuerdo escrito de las partes. El art. 43 de la Nueva LAV introduce algunos cambios significativos: el plazo pasa a ser de doce meses, que puede ser prorrogado por acuerdo de las partes o por decisión del tribunal por una o más veces; las prórrogas han de ser debidamente fundamentadas; las partes pueden

---

la aplicación de una disposición específica de un convenio internacional que haya firmado, o cuando haya renunciado a ese rechazo.

92 *DO* n.° L 177 de 4 de julio de 2008.

93 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (para Portugal, *DO* n.° L 333, de 18 de noviembre de 1992).

94 Salvo para Dinamarca y Reino Unido, en donde sigue siendo aplicable el Convenio de Roma de 1980.

95 *Cfr.* art. 22 del Código Civil portugués y art. 9 del Reglamento Roma I (*leyes de policía*).

96 Tema ya tratado *supra*.

97 *Ídem*.

de común acuerdo oponerse a la prórroga dictada por el tribunal.[98] Como ya hemos indicado, los árbitros que sin justificación obstaculicen a que la decisión sea proferida en el plazo fijado responderán por los daños causados. Por otro lado, la falta de notificación del laudo en el plazo fijado no determina, como lo hace ahora la LAV, la caducidad del convenio: el procedimiento terminará, extinguiéndose la competencia de los árbitros, pero el convenio mantendrá su eficacia.

En el tema de la deliberación, de acuerdo con la LAV, si el tribunal arbitral está compuesto por una pluralidad de árbitros, el laudo arbitral deberá ser adoptado por mayoría de votos a través de una deliberación en la que todos los miembros del tribunal deberán participar.[99] Se añade que las partes podrán pactar que la decisión sea tomada sólo por el presidente o que la cuestión se considere decidida en el sentido de voto del presidente, lo que pasará siempre que la mayoría no se forme sólo por divergencias en cuanto al montante de la condena. La regla de la mayoría se mantiene en el art. 40 de la Nueva LAV, pero se introduce la regla supletoria de que la sentencia será proferida por el presidente en caso de que no se pueda formar mayoría. Se añade además que, si un árbitro rechaza tomar parte en la votación, los demás podrán proferir el laudo sin él (salvo acuerdo distinto de las partes), siendo las partes posteriormente informadas del rechazo.

Bajo la LAV, la decisión arbitral deberá ser recogida por escrito y deberá incluir la identificación de las partes, la referencia al convenio arbitral, el objeto del litigio, la identificación de todos los árbitros, el lugar del arbitraje y el lugar y la fecha en la que la decisión fue proferida, la firma de los árbitros y la indicación de los árbitros que no pudieron o no quisieron firmar la decisión.[100] La decisión debe ser fundamentada, debiendo contener la fijación y repartición por las partes de los encargos del procedimiento. El art. 42 de la Nueva LAV mantiene en lo esencial las reglas de escritura y firma, pero con algunos cambios: (i) bastará la firma de la mayoría de los miembros del tribunal o sólo la del presidente si debe ser éste quien profiera el laudo, debiendo en todo caso hacerse mención de la razón de la omisión de las demás firmas; (ii) con respecto a la fundamentación, se permite la dispensa de la misma por las partes o, cuando se trate de sentencia proferida con base en acuerdo de las partes, bajo la previsión del art. 41 de la Nueva LAV; (iii) se limita el contenido obligatorio del laudo a la fecha y lugar y, en lo que respecta a los encargos, se admite acuerdo en contrario.

Actualmente, bajo el art. 24 de la LAV la decisión deberá ser notificada a cada una de las partes, debiendo el original de la decisión ser depositado en el tribunal

---

98 Además, las partes podrán requerir la destitución de los árbitros que no actúen con la diligencia debida, bajo el art. 15, n.º 3, de la Nueva LAV.

99 *Cfr.* art. 20. Esto en caso las partes no hayan acordado una mayoría cualificada hasta la aceptación del primer árbitro.

100 *Cfr.* art. 23 de la LAV.

judicial del lugar del arbitraje (salvo que las partes hayan dispensado el depósito o que, en arbitraje institucional, el reglamento aplicable prevea otra modalidad de depósito). El depósito debe también ser notificado a las partes. Esta exigencia de depósito desaparece en la Nueva LAV, previéndose tan sólo la notificación a las partes y que el laudo producirá sus efectos en la fecha de notificación.[101]

El art. 26 de la LAV estipula que la decisión arbitral es *res judicata* luego que no sea susceptible de recurso ordinario, sin necesidad de ser homologada o confirmada por otra entidad como un tribunal judicial, y que tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia de un tribunal judicial de primera instancia. Esta regla se mantiene en términos generales en la Nueva LAV, añadiéndose ahora la previsión de la posibilidad de alteración del laudo por rectificación, clarificación o laudo adicional.[102]

3.7. La impugnación del laudo

En el ordenamiento portugués las vías de impugnación de la decisión arbitral son dos: (i) la acción de anulación; y, (ii) la interposición de recurso.[103]

3.7.1. Anulación del laudo

La anulación del laudo puede verificarse en los arbitrajes internos e internacionales que hayan tenido lugar en territorio portugués. Sin embargo, de la diferente terminología (*acção anulatória* o *recurso anulatório*) se aprecia que se trata de una verdadera anulación y no de un mero reemplazamiento de un laudo por otro (lo que no sería admisible en un arbitraje internacional).

El art. 28 de la LAV estipula que la acción debe ser interpuesta dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha en que la parte interesada haya sido notificada de la decisión.[104] [105] Pero, si una parte interpone recurso, la cuestión de la anulación del laudo sólo puede ser apreciada en ese recurso bajo el art. 27, n.° 3, de la LAV. Como

---

[101] Esto sin perjuicio de la posibilidad de recurso o de alteración bajo el art. 45 de la Nueva LAV, gran novedad introducida. De hecho, se prevé la posibilidad de rectificación o clarificación del laudo en los treinta días siguientes contados desde la recepción de la notificación del laudo, sea por requerimiento de las partes, sea por iniciativa del tribunal (sólo para la rectificación). Se prevé, además, la posibilidad de que las partes requieran un laudo adicional sobre partes del pedido o pedidos presentados que no hayan sido decididas en el laudo.

[102] *Cfr.* art. 42, n.° 7, y nota al pie de página 101.

[103] *Cfr.* arts. 27 a 29 de la LAV.

[104] El art. 31 de la LAV permite todavía que los motivos de anulación sean invocados en la oposición a la ejecución del laudo, incluso terminado el plazo referido.

[105] Diferentemente, la Nueva LAV confiere sesenta días para la interposición de la acción anulatoria.

hemos visto, está vedada la posibilidad de que las partes renuncien previamente a su derecho de anulación del laudo.

Los fundamentos de anulación están enunciados en el art. 27 de la LAV. Los principales fundamentos son la imposibilidad originaria de arbitrabilidad del litigio; la incompetencia del tribunal arbitral;[106] la violación de los principios procesales indicados en el art. 16 de la LAV con influencia decisiva en la resolución del litigio; la falta de fundamentación de la decisión arbitral[107] o la falta de firma; y, el hecho de que el tribunal haya conocido de cuestiones de que no podía conocer o que no haya conocido de cuestiones que debiese haber apreciado.

Como hemos visto, los motivos de anulación enunciados en la LAV son de naturaleza formal. Prácticamente toda la jurisprudencia portuguesa considera los motivos enunciados en el art. 27 de la LAV taxativos; sin embargo, se considera que el laudo arbitral puede ser igualmente anulable en caso de violación del orden público internacional del foro portugués.[108]

Es importante referir que en la actual LAV la acción anulatoria debe ser presentada en un tribunal de primera instancia, lo que significa que de esa decisión cabrán posiblemente dos grados de recurso admisibles. Inversamente, la Nueva LAV sugiere que la acción anulatoria sea un verdadero recurso anulatorio, *i.e.*, que sea tramitado en un tribunal de segunda instancia como si de un recurso se tratase.[109]

En lo que respecta a las causas de anulación, la Nueva LAV introduce algunos cambios. Así, en lugar de referirse a que el litigio no fuese susceptible de resolución por la vía arbitral o a haber sido proferido el laudo por un tribunal incompetente o no regularmente constituido, se pasa a indicar que el laudo será anulable si la parte que requiere la anulación demuestra que: (i) una de las partes en el convenio estaba afec-

---

[106] Este fundamento no puede ser invocado por la parte que haya tenido conocimiento de ello durante el arbitraje y que, habiendo podido hacerlo, no lo haya alegado oportunamente.

[107] La falta de notificación o fundamentación del laudo comporta la posibilidad de anulación del laudo con base en la violación del art. 23 de la LAV. Hay que distinguir entre la falta de fundamentación y la fundamentación insuficiente, porque sólo la primera permite la acción de anulación. La segunda sólo puede ser impugnada a través de aclaración, corrección o interpretación del laudo arbitral. Sin embargo, el poder jurisdiccional del tribunal arbitral se agota con el depósito del laudo o la notificación de las partes, con arreglo al art. 25 de la LAV y, mientras tal posibilidad no estaba prevista en la LAV, cierta doctrina entiende que es posible requerir la aclaración, corrección o interpretación del laudo, a semejanza de las decisiones de los tribunales estatales; *vide*, en este sentido, RIBEIRO MENDES, A. *Introdução às Práticas Arbitrais*. *Op. cit.*, pp. 188-189.

[108] Véase también PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, pp. 512 *et seq.*, para otros motivos de anulación posibles.

[109] *Cfr.* art. 46, n.° 2, letra e) de la Nueva LAV.

tada por una incapacidad; o que ese convenio no era válido en los términos de la ley a que las partes lo sujetaran, o, faltando cualquier indicación de las partes al respecto, bajo la ley de arbitraje portuguesa; (ii) que el laudo se pronunció sobre un litigio no incluido en el convenio o contiene decisiones que sobrepasan el ámbito del convenio; (iii) que la composición del tribunal o el proceso no han sido conformes al acuerdo de las partes, a menos que este acuerdo sea contrario a una disposición imperativa de la ley de arbitraje o, no existiendo acuerdo, que la composición del tribunal o el proceso no han sido conformes con la ley de arbitraje; en ambos casos, dicha no conformidad tendrá que haber tenido una influencia decisiva en la resolución del litigio.

Se mantiene, en términos genéricos, la causa basada en la violación de los principios fundamentales previstos en el art. 30, n.º 1, de la LAV[110] con influencia decisiva en la resolución del litigio. También aquí la parte requirente tendrá que demostrarlo.

En lugar de referirse sólo al conocimiento (o no) de cuestiones, pasa a referirse aún como causa de anulación la condena en cantidad superior u objeto diferente del pedido.

Se mantiene también como causa de anulación la violación de los requisitos establecidos en el art. 42, n.ºs 1 y 3 (escritura y firma, así como el deber de fundamentación).

Se añade como motivo de anulación el hecho de que la sentencia no haya sido notificada en el plazo máximo aplicable.

Por fin, están previstos dos motivos de anulación en caso de que el tribunal verifique *ex officio* que: (i) el objeto del litigio no es susceptible de ser decidido por arbitraje bajo el Derecho portugués (que procede de la LAV); o (ii) el contenido del laudo ofende los principios del orden público internacional del Estado portugués (novedad introducida por el Gobierno en el proyecto de la APA).[111]

Otros aspectos relevantes de la Nueva LAV con respecto a la anulación del laudo son: (i) la previsión del procedimiento (tribunal competente, reglas y tramitación); (ii) la previsión de que si una de las partes, sabiendo que no ha sido respetada una disposición obligatoria de la ley del arbitraje, asimismo prosigue con el procedimiento sin oponerse, se considera que ha renunciado a su derecho de impugnar el laudo; (iii)

---

[110] De que el demandado deberá ser citado para defenderse, de que las partes serán tratadas con igualdad, dándole oportunidad razonable para que ejercieren sus derechos antes de ser proferido el laudo final y de que en todas las fases del procedimiento se garantizará la observancia del principio de la contradicción.

[111] *Cfr.* nota al pie de página 29.

la previsión de que si el fundamento de anulación sólo afecta a una parte del laudo, pudiendo ser separado del resto, sólo esa parte del laudo será anulada; (iv) la previsión de que el tribunal estatal pueda suspender (si lo considera adecuado y mediante solicitud de una de las partes) el procedimiento de anulación para que el tribunal arbitral pueda retomar el procedimiento arbitral o tomar alguna otra medida que el tribunal arbitral entienda que puede eliminar los fundamentos de anulación; (v) la clarificación de que el tribunal estatal no puede conocer del fondo, debiendo, en caso de que alguna de las partes así lo entienda, someterse de nuevo a otro tribunal arbitral el conocimiento del fondo; y, (vi) la clarificación de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, anulado el laudo, el convenio vuelve a producir efectos con respecto al objeto del litigio.

Como especificidad del arbitraje internacional, se añade que, más allá de los motivos de anulación previstos para el arbitraje interno, la sentencia proferida en Portugal en un arbitraje internacional en el cual haya sido aplicado derecho no portugués al fondo puede ser anulada si, debiendo ser ejecutada o producir otros efectos en territorio nacional portugués, eso conduciría a un resultado manifiestamente incompatible con los principios del orden público internacional.

3.7.2. Recursos contra el laudo

La regla es que el laudo arbitral en los arbitrajes internos es siempre recurrible bajo la LAV, salvo cuando las partes hayan renunciado a esta posibilidad.[112] Se impide también el recurso contra un laudo proferido con arreglo a la equidad.[113] El art. 29 de la LAV estipula que contra el laudo arbitral caben los mismos recursos que cabrían contra una sentencia judicial. Se trata de recursos ordinarios (la *apelação* y la *revista*) y extraordinarios (la revisión del laudo y la revista para uniformización de la jurisprudencia). Aunque no hay una indicación clara en la LAV, se entiende que la renuncia de las partes a los recursos —expresa sin más— incluye solamente los recursos ordinarios.[114]

La Nueva LAV invierte justificadamente la regla del art. 28 de la LAV (que ha sido una disposición muy criticada): sólo serán recurribles los laudos proferidos en arbitrajes internos si las partes así lo han expresado y siempre que la causa no haya sido decidida bajo la equidad o por amigable composición.[115]

---

[112] Sin embargo, el derecho de requerir la anulación del laudo arbitral no es renunciable, de acuerdo con el art. 28 de la LAV.

[113] *Cfr.* art. 29, n.° 2.

[114] *Vid.* PEREIRA BARROCAS, M. *Op. cit.*, p. 502.

[115] *Cfr.* art. 39, n.° 3, de la Nueva LAV.

Por el contrario, los laudos en arbitrajes internacionales no son recurribles bajo la LAV salvo si las partes lo han establecido y han reglado sus términos.[116] Asimismo, alguna doctrina portuguesa sigue entendiendo que esos recursos no pueden ser interpuestos ante un tribunal judicial, sino ante otro tribunal o entidad arbitral.[117] La regla se mantiene en el art. 53 de la Nueva LAV, que, además, acoge esta doctrina.

Es importante referir que la Nueva LAV, no admitiendo en regla la posibilidad de recurso de los laudos arbitrales, establece que la impugnación del laudo debe ser realizada a través de la acción de anulación.[118]

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

4.1. Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros

La LAV omite referencia alguna al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros; tampoco prevé qué se debe considerar como laudo arbitral extranjero.

Sin embargo, atendiendo al ámbito de aplicación espacial de la LAV previsto en su art. 37 —de acuerdo con el cual la misma se aplica a los arbitrajes que tengan lugar en el territorio nacional—, se puede concluir que son considerados laudos extranjeros aquéllos que sean proferidos en el extranjero en el ámbito de arbitraje que haya tenido lugar en el exterior y también los laudos que sean proferidos en Portugal en el ámbito de arbitraje que haya tenido lugar en el exterior.

En Portugal, a diferencia de lo que acontece con los laudos internos,[119] la efectividad de los laudos arbitrales extranjeros depende de la revisión y confirmación de los mismos por el tribunal de segunda instancia (*Tribunal da Relação*) competente.[120]

---

116 *Cfr.* art. 34 de la LAV.

117 Pereira Barrocas, M. *Op. cit.*, pp. 692 *et seq.*

118 Art. 46 de la Nueva LAV.

119 *Cfr.* Apartado 3.6 *supra*.

120 Aun así, la jurisprudencia ha sido casi unánime en considerar que son competentes los tribunales de primera instancia, tesis que nos parece incorrecta y que deberá ser sobrepasada con la norma prevista en el art. 59, n.° 1, letra h), de la Nueva LAV, la cual prevé que el tribunal de segunda instancia (*Tribunal da Relação*) del domicilio de la persona contra la cual se pretenda hacer valer un laudo arbitral tiene competencia para la acción de reconocimiento. Se pasa también a prever que, cuando el laudo se refiera a una materia que esté comprendida en la esfera de jurisdicción de los tribunales administrativos, es competente para el proceso de reconocimiento el tribunal de segunda instancia en la jurisdicción administrativa (Tribunal Central Administrativo) del domicilio de la persona contra la cual se pretenda hacer valer el laudo (*cfr.* art. 58 de la Nueva LAV).

A tal proceso les son aplicables, tanto cuanto posible, las reglas previstas en los arts. 1094 *et seq.* del Código de Proceso Civil, sin perjuicio de las disposiciones previstas en los tratados, convenios, reglamentos comunitarios y leyes especiales.[121]

Como se dijo en el apartado 2.2. *supra*, Portugal es parte en diversos convenios multilaterales. Sin embargo, ninguno de los mismos es de aplicación universal, sea por preverse expresamente que sólo se aplican relativamente a laudos proferidos en el territorio de un Estado Contratante (*v.g.*, art. 1 de la Convención de Ginebra de 1927), sea porque Portugal ha formulado reservas en ese sentido (*v.g.* de acuerdo con el art. I.3 de la Convención de Nueva York, siendo tal convenio sólo aplicable en Portugal en base a la reciprocidad, esto es, relativamente a laudos proferidos en territorio de otro Estado Contratante). Es también relevante tener en cuenta que las citadas convenciones no regulan gran parte de las cuestiones procesales (*v.g.* el tribunal competente, los trámites del proceso, etc.). Así, las reglas previstas en los arts. 1094 *et seq.* del Código de Proceso Civil son aplicables (i) cuando no sean aplicables los referidos convenios; y, (ii) también cuando sean aplicables los convenios, en todo lo que no contradiga los mismos.

Actualmente, y más allá de los regímenes previstos en tratados bilaterales, existen tres principales sistemas de reconocimiento en vigor en Portugal: (i) relativamente a laudos proferidos en un Estado Contratante de la Convención de Ginebra de 1927 que no sea parte en la Convención de Nueva York, a cuyo reconocimiento se aplican las disposiciones de la Convención de Ginebra y las reglas del Código de Proceso Civil que no las contradigan; (ii) relativamente a laudos proferidos en un Estado Contratante de la Convención de Nueva York, a cuyo reconocimiento se aplican las reglas de tal Convención y las reglas del Código de Proceso Civil que no las contradigan; y (iii) relativamente a laudos proferidos en un Estado que no sea parte en ninguno de los referidos convenios, a cuyo reconocimiento se aplican las reglas previstas en los arts. 1094 *et seq.* del Código de Proceso Civil.

Dejaremos a un lado las disposiciones de las Convenciones de Ginebra y de Nueva York, de sobra conocidas por todos, y nos centraremos en las disposiciones del Código de Proceso Civil. Tales disposiciones son aplicables a la revisión y confirmación de sentencias judiciales extranjeras, previéndose que serán aplicables a los laudos arbitrales en la parte que lo puedan ser, de acuerdo con el art. 1097 del mismo Código. El art. 1096 prevé las condiciones que deben ser verificadas para que el laudo pueda ser reconocido; condiciones ésas que, en su mayoría, son verificadas *ex officio* por el tribunal estatal. Importa referir que, tras lo dispuesto en el art. 1100, n.° 2, del Código de Proceso Civil, si el laudo hubiere sido proferido contra una persona física o colectiva de nacionalidad portuguesa, la oposición al reconocimiento puede,

[121] *Cfr.* art. 1094, n.° 1, del Código de Proceso Civil.

además, fundarse en que el resultado de la acción le habría sido más favorable si el tribunal extranjero hubiese aplicado el derecho material portugués, cuando por éste debiese ser resuelta la cuestión según las normas de conflicto de la ley portuguesa.

El proceso de revisión y confirmación es un proceso contradictorio y contra la decisión final cabe recurso de revista ante el Supremo Tribunal de Justicia.

La Nueva LAV prevé reglas específicas relativas al proceso de reconocimiento, quitando así la aplicación de las reglas de los arts. 1094 *et seq.* del Código de Proceso Civil al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Para ello, la Nueva LAV dedica un capítulo —el Capítulo X— al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.

De acuerdo con el art. 55 de la Nueva LAV, «[s]in perjuicio de lo que es imperativamente determinado por la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, bien como por otros tratados o convenciones que vinculen al Estado portugués, los laudos proferidos en arbitrajes localizados en el exterior sólo tienen eficacia en Portugal, sea cual sea la nacionalidad de las partes, si son reconocidos por el tribunal estatal portugués competente, en los términos de lo dispuesto en el presente capítulo de esta ley».[122]

Diferentemente de lo dispuesto en el Código de Proceso Civil, y en una postura de claro *pro-enforcement bias* inspirada, entre otros, por la Convención de Nueva York, la Nueva LAV prevé que el reconocimiento sólo es rechazado si la parte contra la cual el reconocimiento es solicitado presenta prueba de la verificación de alguno de los fundamentos de rechazo del reconocimiento previstos en el art. 56 de la Nueva LAV.[123] El tribunal solamente puede verificar *ex officio* si el litigio es arbitrable de acuerdo con el Derecho portugués o si el reconocimiento del laudo conduce a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público internacional del Estado portugués. Por fin, se prevé

[122] Traducción libre.

[123] Las situaciones previstas son las siguientes: (i) cuando una de las partes del convenio estaba afectada por una incapacidad, o ese convenio no era válido bajo la ley a la cual las partes lo han sujetado o, faltando indicación, bajo la ley del país en el cual la sentencia fue proferida; (ii) cuando la parte contra la cual la sentencia es invocada no fue debidamente informada de la designación de un árbitro o del procedimiento arbitral o cuando, por otro motivo, una parte no haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos; (iii) cuando la sentencia se pronuncia sobre un litigio no abarcado por el convenio o contiene decisiones que sobrepasan los términos del convenio; en todo caso, si las disposiciones de la sentencia relativas a cuestiones sometidas a arbitraje pudieren ser separadas de las que no habían sido sometidas, podrán reconocerse y ejecutarse sólo las primeras; (iv) cuando la constitución del tribunal o del procedimiento arbitral no hayan sido conformes al acuerdo de las partes o, faltando dicho acuerdo, a la ley del país en el cual el arbitraje tuvo lugar; o (v) cuando la sentencia no se haya tornado obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por un tribunal del país en el cual, o bajo la ley del cual, la sentencia fue proferida.

también, en línea con la Convención de Nueva York, que si una solicitud de anulación o de suspensión del laudo hubiese sido presentada en el tribunal del país donde el laudo haya sido proferido, el tribunal estatal portugués puede, si lo considera adecuado, suspender la instancia de reconocimiento, pudiendo incluso, a solicitud de la parte que hubiere pedido el reconocimiento, ordenar a la otra parte la prestación de caución adecuada.

En lo que concierne a los trámites del proceso de reconocimiento, importa tener en consideración que la parte que pretenda el reconocimiento del laudo debe aportar el original debidamente autenticado o una copia debidamente certificada del mismo, así como el original del convenio arbitral o copia debidamente autenticada del mismo. Si la sentencia o el convenio no estuvieren redactados en portugués, la parte requirente debe aportar traducción certificada en ese idioma. Presentada la petición de reconocimiento, acompañada de tales documentos, la parte contraria es citada para deducir su oposición en el plazo de 15 días. Terminada la fase de intercambio de escritos, hay lugar a alegaciones finales por las partes y por el Ministerio Público. El proceso sigue las reglas propias del recurso de apelación.

4.2. Ejecución de laudos arbitrales extranjeros

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 49, n.º 1, del Código de Proceso Civil, «[s]in perjuicio de lo que se haya establecido en tratados, convenios, reglamentos comunitarios y leyes especiales, las sentencias proferidas por tribunales o árbitros en país extranjero sólo pueden servir de base a la ejecución después de ser revisadas y confirmadas por el tribunal portugués competente».[124]

Por su parte, el art. 815 del Código de Proceso Civil prevé que «[s]on fundamentos de oposición a la ejecución basada en sentencia arbitral no sólo los previstos en el artículo anterior[125] sino también aquéllos en que puede basarse la anulación judicial de la misma decisión».[126]

---

124 Traducción libre.

125 De acuerdo con el art. 814 del Código de Proceso Civil, son fundamentos de oposición a la ejecución fundada en sentencia: a) la inexistencia o la no exequibilidad del título; b) la falsedad del proceso o del traslado o infidelidad de este, cuando uno u otra influya en los términos de la ejecución; c) falta de cualquier presupuesto procesal de que dependa la regularidad de la instancia ejecutiva, sin perjuicio de su supresión; d) falta o nulidad de la citación para la acción declarativa cuando el demandado no haya intervenido en el proceso; e) incertidumbre, inexigibilidad o iliquidez de la obligación a ejecutar, no arregladas en la fase introductoria de la ejecución; f) *res judicata* anterior a la sentencia que se ejecuta; g) cualquier hecho extintivo o modificativo de la obligación, siempre que sea posterior al cierre de la discusión en el proceso declarativo y se pruebe por documento; la prescripción del derecho o de la obligación puede ser probada por cualquier medio; y, h) tratándose de sentencia homologatoria de confesión o transacción, cualquier causa de nulidad o anulabilidad de eses actos.

126 Traducción libre.

Puede, así, concluirse que el Código de Proceso Civil no prevé un régimen específico para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

De acuerdo con alguna doctrina, la *ratio* de la norma prevista en el art. 815 del Código de Proceso Civil es la de asegurar que el laudo arbitral no pueda ser ejecutado coactivamente sin un control judicial previo. Sin embargo, en el caso de decisiones arbitrales extranjeras que hayan sido ya revisadas y confirmadas, tal solución no encuentra justificación, una vez que ya ha sido verificada la conformidad de la misma con las condiciones de reconocimiento aplicables y que los tribunales portugueses no son competentes para la anulación de decisiones proferidas en arbitrajes que hayan tenido lugar en el exterior.[127]

Se discute también si los fundamentos de oposición al reconocimiento pueden ser invocados en sede de oposición a la ejecución. Tal posibilidad parece encontrar base literal en el art. V de la Convención de Nueva York y ahora en el art. 56 de la Nueva LAV al referirse a los «fundamentos de rechazo del reconocimiento y ejecución». Aun así, hay doctrina y jurisprudencia que consideran que los fundamentos de oposición al reconocimiento no pueden ser reiterados en la fase de oposición a la ejecución del laudo arbitral extranjero.[128]

V. Reflexiones finales

Portugal está en este preciso momento en una fase de transición. De hecho, la LAV vigente, que data de 1986, aunque haya sido considerada una buena ley, está ya desactualizada. Con la Nueva LAV, Portugal está dotado de una moderna ley de arbitraje basada esencialmente en la Ley Modelo de UNCITRAL y en otras leyes europeas ya modificadas y con resultados contrastados. También se buscó prever situaciones ya contempladas en los reglamentos de arbitraje internacional más utilizados precisamente con el objetivo de dotar al país de una ley moderna y competitiva, que sea capaz de atraer arbitrajes internacionales a Portugal, sobre todo aquéllos en los cuales el idioma utilizado sea el portugués.

---

127 *Cfr.* De Lima Pinheiro, L. «Uma lei de arbitragem para o século XXI», disponible en www.arbitragem.pt (consultada el 1 de noviembre de 2011).

128 *Cfr.* Costa e Silva, P. «A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras». En *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial) – Intervenções*, 2008, pp. 178-179; y fallo del Supremo Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1982 en el Proceso n.° 070047, disponible en www.dgsi.pt (consultada el 1 de noviembre de 2011).

En un momento en que Portugal atraviesa una de sus mayores crisis económicas y financieras de su historia, los anunciados cambios son aún más fundamentales. Se espera que la nueva ley pueda contribuir a la salida de la crisis y a un cambio de mentalidad sobre el arbitraje, hasta hoy marcada por su excesiva judicialización —a que se aludió en el inicio del presente trabajo— como resultado de la historia reciente del país.

Rumania (Romania)

Levana Zigmund

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Romania.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Romania as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— 5. Immunity of arbitrators.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Other aspects related to the arbitral procedure.— 3. Taking of evidence.— 4. Provisional measures. Jurisdiction to pronounce provisional measures: (State courts and/or arbitral tribunals?).— 5. Types of provisional measures.— 6. Challenge and appeal against provisional measures.— 7. Enforcement of provisional measures.— 7.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Romania.— 7.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunal or foreign State courts.— D. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— E. The award. F. Challenge of the award.— 1. Grounds for challenging awards.— 2. Proceedings.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Romania

One of the first regulations of *ad-hoc* arbitration in Romania was included in the Civil Procedural Code adopted in 1865. The majority of the dispositions regarding arbitration procedures included therein were at that time inspired from the civil procedural laws of Geneva and France and remained essentially unchanged until the adoption of the Romanian Procedural Code of 1993, still in force at this moment.

The frequency of arbitral proceedings in Romania was rather reduced until 1953 when the first form of institutionalized arbitration for international trade disputes, the Arbitral Commission constituted under the auspices of the Romanian Chamber of Commerce, was created. This Commission was organized and operated based on a regulation adopted by State Decree and its awards were final and binding upon parties. Under the political regime in force at that time the activities of the Arbitral Commission were partially controlled by state organs, but the role of this Commission for the development of the international arbitration in Romania is undeniable, and the awards it has rendered still constitute an important source of case-law for today's practitioners.

After the fall of the totalitarian regime in 1990, Decree-Law n.° 139/1990 was adopted, and territorial chambers of commerce and industry were allowed to organize *ad-hoc* arbitration upon request of the interested parties. The same Decree-Law established the Romanian Chamber of Commerce and Industry, with promotion of commerce and industry both within the country and abroad as its main purpose, along with offering support to the local businessmen in their relationship with foreign specialized institutions. The former Arbitral Commission was replaced with the Court of International Commercial Arbitration, organized as a permanent arbitral institution under the rules of procedure adopted by the Romanian Chamber of Commerce and Industry.

In 2007, the law regarding the activity of the Romanian chambers of commerce was amended to permit territorial chambers as well to organize institutionalized arbitration functioning under the same rules of procedure as the Court of International Commercial Arbitration.

Currently, the main arbitration body established under Romanian law is the Court of International Commercial Arbitration attached to the Romanian Chamber of Commerce and Industry functioning under the latter's procedural rules, which organizes and manages the settlement of commercial and civil, domestic or international disputes, by means of institutionalized or *ad-hoc* arbitration. A relatively new alternative (existing from November 2010) is the Court of Arbitration attached to the German-Romanian Chamber of Commerce.

II. Sources of the law of international arbitration

A. Domestic sources

Currently, the main regulation of arbitration is provided in Book IV of the 1993 Romanian Civil Procedural Code, further amended and supplemented («*RCPC*»).

Although the RCPC provisions relating to arbitration are in line with the UNCITRAL Model Law, they concern both national and international arbitration, whether institutionalized or *ad-hoc*, provided the proceedings take place in Romania.

The institutionalized arbitration is organized by the Court of International Commercial Arbitration («*CICA*») in accordance with the rules of procedure adopted by the Romanian Chamber of Commerce and Industry («*RCCI*»).[1] Taking into consideration CICA is the main arbitration body in Romania, reference will be made throughout this chapter to the RCCI procedural rules as well.

Another important source of law is Law n.° 105/1992 on the regulation of private international law relationships,[2] further amended and supplemented («*Law n.° 105/1992*»), which currently regulates the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Additionally, the Romanian New Civil Code[3] («*RNCC*»), which came into force on 1 October 2011, provides the main rules for establishing the applicable law in cases of legal relationships involving foreign elements.

B. International sources

Romania is a party to the European Convention on International Commercial Arbitration (1961), ratified through Decree n.° 281/1963 (the «*Geneva Convention*»).

Romania has also ratified the New York Convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards through Decree n.° 186/1961 (the «*New York Convention*»). However, Romania has made two reservations restricting the application of the New York Convention to disputes arising from contractual or non-contractual relationships which are considered to be commercial under Romanian law and requiring the condition of reciprocity for the recognition and enforcement of arbitral awards issued in a non-contracting state.

Romania does not have bilateral treaties concluded specifically for the recognition and enforcement of arbitral awards. However, provisions concerning such matters are included in some of the bilateral treaties concerning legal assistance in civil and commercial matters. Such is the case for the bilateral treaties concluded

---

1 The rules of procedure adopted by the Romanian Chamber of Commerce and Industry were published in the Romanian Official Gazette n.° 197 of 29 March 2010.

2 Law n.° 105/1992 was published in the Romanian Official Gazette, Part I n.° 245 of 1 October 1992.

3 Romanian New Civil Code was published in the Romanian Official Gazette n.° 505 of 15 July 2011.

by Romania with Algeria (1979), China (1992), Cuba (1981), Macedonia (2004), Morocco (1973), Republic of Moldova (1997), Syria (1979), and Tunisia (1972).

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was also ratified by Romania through Law n.° 30/1994 on the ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the additional protocols to this convention,[4] further amended and supplemented («*ECHR*»).

C. Role of EU law

Romania is part of the EU as of 1 January 2007 and is therefore bound to observe all European provisions that are considered to be mandatory for all member states. As regards the subject of this chapter, of a particular relevance is Regulation n.° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations published in the Official Journal L177 of 4 July 2008 (the «*Rome I Regulation*»).

III. The election of Romania as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

Absent a specific and distinct definition provided by the RCPC, Romanian legal doctrine defines the arbitration agreement as an agreement whereby the parties decide that a certain dispute between them, or several such disputes, shall be referred for resolution to private persons, rather than to the State courts of law.[5]

The RCPC stipulates that the arbitration agreement can take the form of either an arbitration clause within a contract or that of a separate instrument.[6] A clear distinction is drawn between the two possible forms of an arbitration agreement. Whenever the arbitration agreement is included as a clause within a contract it is deemed to cover all future disputes between the parties related to, or arising from that specific contract, to which purpose the clause must indicate the names of the arbitrators or, at least, the method of their appointment.

---

4 Law n.° 30/1994 was published in the Romanian Official Gazette, Part I n.° 135 of 31 May 1994.

5 *See* Roş. V. *International Commercial Arbitration.* Autonomous Administration «Official Gazette». Bucharest, 2002, p. 82.

6 *See* art. 343 (2) of the RCPC that reads «It [the arbitral agreement —our emphasis—] may be concluded under the form of an arbitration clause, inserted in the main contract, or of a separate agreement, named compromise (*in Romanian compromis*)».

Conversely, the arbitration agreement may be executed as a separate instrument where the dispute between the parties has already occurred, in which case the parties will have to indicate the object of the dispute, the names of the arbitrators or the procedure to be followed for their appointment.

Romanian law does not impose significant constraints on the actual contents of the arbitration agreement —be it included in a contract as an arbitration clause or concluded separately—. Essentially, the parties must expressly refer to settlement by arbitration and either indicate the names of the arbitrators or specify the method in which they are to be appointed. High precision in drafting the arbitration agreement is however recommended, as, if parties fail to provide specific and clear rules, the applicable rules will be established by the arbitral tribunal.

The parties can find a recommended form of the arbitration clause on the website of the CICA that reads: «Any dispute under or related to this agreement, including with respect to the execution, performance or termination hereof, shall be settled by means of arbitration, by the Court of International Commercial Arbitration of the Romanian Chamber of Commerce and Industry, in compliance with the Court Organization and operation rules, with the Court procedural rules, with art. 4 of the European Convention on International Commercial Arbitration signed in Geneva, on April 21st, 1961».

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

According to the RCPC, the arbitration agreement must be executed in writing under penalty of annulment.[7] A literal interpretation of this rule leads to the conclusion the written form is a condition imposed to arbitration agreements *ad validitatem*, to the effect that arbitration agreements not concluded in writing are null and void.

However, the majority of Romanian scholars and practitioners chose to give a less strict interpretation to the rule, postulating the written form of the arbitral agreement is merely required *ad probationem*,[8] to the effect that, absent a written instrument, the arbitral agreement shall not be deemed null and void, but, rather,

---

7 *See* art. 343 (1) of the RCPC.

8 *See* Roş, V. *Op. cit.,* pp. 106-110 or Deleanu, I. & S. Deleanu. *Intern and International Arbitration.* Rosetti Publishing House, 2005, p. 49. For a contrary opinion please see Prescure, T. & R. Crişan. *Commercial Arbitration – Alternative Dispute Resolution Mechanism*. Universul Juridic Publishing House, 2010, p. 68.

the parties will not be able to prove its existence other than by exhibiting written evidence thereof.[9]

With respect to the written instrument itself, it can take the form of a deed by private signature, a deed certified by a notary public or even a consent given in front of a tribunal that is recorded in the minutes of the hearings. The requirement for the arbitration agreement to be concluded in writing is also deemed fulfilled by means of commercial correspondence between the parties, such as exchange of letters, wires, invoices and ordering receipts.[10]

Moreover, Romanian arbitral tribunals have adopted a rather permissive view as regards the form of the arbitral agreement, admitting that certain procedural acts of the parties may as well be interpreted as an agreement to arbitrate.[11] This conclusion is also supported by art. 14 of the RCCI procedural rules whereby it is provided that «[t]he arbitration agreement may also generate from an arbitration claim filed by the claimant, following the respondent's acceptance regarding the settlement thereof by the Court of Arbitration».

When establishing whether the formal conditions of the arbitral agreement have been observed, the arbitral tribunal shall not give particular relevance to the form of the written instrument itself, but rather to establishing if the parties' consent to arbitration derives undoubtedly from the wording of the agreement.

Under art. 358[12] of the RCPC, parties are only allowed to contest the validity or existence of the arbitral agreement by way of exception raised on the first hearing date at the latest, pending forfeiture.

1.2. Substantive validity and arbitrability

Besides the general conditions for the validity of agreements (legal capacity of the parties, their consent, the object and the cause of the agreement),[12] arbitral agreements are also subject to specific conditions of validity, as discussed below.

---

9 Even legal scholars who consider that the written form of the arbitral agreement is required ad validitatem admit that the sanction of nullity is rendered innaplicable by the law maker itself which has regulated several possiblities for the remedy of the formal deficiences of the arbitral agreement. To this end, see DĂNĂILĂ, G. «The form of the arbitration agreement». *Commercial Law Magazine,* n.os 7-8, 2003, p. 162.

10 *See* CICA Award n.° 51 of 8 May 1996, published in OSIPENCO, E. & M. COZMANCIUC. *Arbitral Commercial Jurisprudence n.° 1953-2000*. Bucharest: The Chamber of Commerce and Industry of Romania, 2003, p. 10.

11 *See* CICA Award n.° 165 of 23 December 1997, published in OSIPENCO, E. & M. COZMANCIUC. *Op. cit.*, p. 4.

12 *See* art. 948 of the Romanian Civil Code.

RCPC provides specific rules on the parties' capacity of executing an arbitral agreement,[13] according to which only parties enjoying full legal capacity may validly conclude arbitral agreements. Consequently, minors and persons whose rights are forfeited under the law are banned from entering into an arbitral agreement. This disposition is reiterated in the RCCI procedural rules as well.

The parties' consent to an agreement may generally be affected by error, fraud, duress or lesion. However, in the particular case of arbitral agreements, the most common cause for vitiated consent is one or both parties' error with respect to the object of the dispute, the parties' identity, and the special qualities of the arbitrators or the institution in charge with organizing the arbitration. Fraud, duress and lesion are rarely invoked in front of arbitral tribunals.

With respect to the arbitrability of disputes, art. 340 of the RCPC provides that all disputes which are of a pecuniary nature (*i.e.* that can be ascribed a monetary value) may be subject to arbitration, except for those disputes that the parties are not legally allowed to settle amicably.

There is no statutory exhaustive list of non-arbitrable matters, but a *per a contrario* interpretation of the rule at art. 340 leads to the conclusion that non-pecuniary disputes and disputes that cannot be subject to amicable settlement are not arbitrable. In light of the criteria mentioned above, legal scholars have highlighted that non-arbitrable disputes mainly include: criminal matters; the status and legal capacity of persons; disputes arising out of family relationships, parentage, marriage or affinity; the majority of disputes governed by administrative law (in particular those arising from contracts to which a public authority is a party); disputes governed by corporate law (*e.g.*, the incorporation, legal capacity, internal organization, winding up of commercial companies, the liability of directors and managers, certain disputes between shareholders, etc.), as well as disputes concerning public goods.[14] Commercial disputes are, in principle, arbitrable.

An arbitral award resolving a dispute that is considered non-arbitrable may be subject to annulment procedures in front of State courts of law.

2. Separability of the arbitration agreement

The separabillity of the arbitration agreement is expressly regulated by both the RCPC and the RCCI procedural rules, providing that «the arbitral clause shall re-

[13] See art. 340 of the RCPC.

[14] For more examples of non-arbitrable disputes, see Deleanu, I. & S. Deleanu. *Op. cit.,* pp. 85-99.

main valid irrespective of the validity of the agreement incorporating it».[15] Under the separability principle, the arbitral clause will produce its effects even if the main contract including it is affected by nullity or its validity is otherwise questioned.

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

Under Romanian law, there is a general rule that contracts (and implicitly arbitration agreements) are binding only for the parties thereto. Consequently, although a contract may, in principle, create rights for third parties, it may not create obligations, therefore, the obligation to settle disputes by arbitration undertaken by an arbitration agreement may not bind a third-party to that agreement without its express consent.

Court practice and commentaries offering guidance on the extension of the arbitration agreement to third parties are still limited, but Romanian doctrine seems to have admitted that, subject to certain conditions, it may be theoretically possible for third parties to be bound by an arbitration clause, in particular where such third party is an affiliate of one of the parties to the contract in which the arbitration clause is included, and it has been actively and directly involved in the negotiation and the performance of the contract.

Moreover, in an arbitration held under the RCCI rules, the tribunal upheld that «the extension of the effects of an arbitral clause to non-signatory third parties is admissible if the third parties were involved in the performance of the contract, thus showing their intention to be bound by the arbitral clause included in the contract».[16]

However, some legal scholars show reluctance to the extension of the effects of an arbitral agreement to third non-signatory parties and recommend prudence in allowing such extension, especially considering that the RCPC requires the arbitral agreement be concluded in writing.

4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)

The principle of *Kompetenz-Kompetenz* is recognized under Romanian law, as pursuant to art. 343^3 (2) RCPC the arbitral tribunal must check *ex officio* its own competence to settle the dispute. The tribunal's decision concerning its own competence may not be challenged separately from the arbitral award itself, but constitutes reason for setting aside the arbitral award. Annulment of an arbitral award on the grounds

---

15 *See* art. 343^1 (2) of the RCPC and art. 12 (2) of the RCCI procedural rules.

16 *See* CICA Case n.° 279 of 2007, Interlocutory award of 3 August 2006, published in *Romanian Arbitration Journal* n.° 2 of 2007.

of lack of competence by the arbitral tribunal may only be requested within a month from the serving of the arbitral award, at the superior State court to that which would have had jurisdiction in the absence of the arbitral agreement. The RCCI procedural rules contain similar provisions.

The capacity of an arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction has been confirmed in practice as well. To this end, arbitral tribunals upheld that the regulatory framework governing their activity allows for their free decision as regards the limits of their competence:[17] namely, an arbitral tribunal must run a preliminary test of its own competence, and is entitled to decide on any procedural exception regarding the existence or validity of the arbitral agreement, the constitution of the arbitral tribunal, and the limits of the competence thereof.

B. The arbitral tribunal

The will of the parties plays the key role in establishing the rules applicable to constituting the arbitral tribunal. For *ad-hoc* arbitrations, the parties determine these rules directly, while, for institutionalized arbitration, the parties are deemed to have implicitly determined the rules in making their choice of institution within the arbitral agreement, as each institutionalized arbitral court has its applicable rules.

1. Composition of the arbitral tribunal

RPCP provides that an arbitral tribunal consists of the persons vested by the parties within the arbitral agreement to settle a dispute that arose between them by rendering a final and binding award.[18] The parties are free to determine whether their dispute shall be settled by a sole arbitrator or by several arbitrators.

However, if parties fail to determine within the arbitral agreement the composition of the tribunal, their dispute will be settled by an arbitral tribunal formed by three arbitrators, appointed in the following manner: each party (or each group of parties with common interest) shall determine one arbitrator, while the president of the arbitral tribunal will be appointed by the two arbitrators previously nominated by each of the parties.

An arbitral agreement that provides for the right of one party to appoint an arbitrator in the name of the other party or to appoint more arbitrators that the other party shall be affected by nullity.

---

17 *See* CICA Award n.° 39 of 17 May 1974, published in Osipenco, E. & M. Cozmanciuc. *Op. cit.*, p. 1.

18 *See* art. 340[1] of the RCPC.

Romanian law provides for particular rules in international compared to domestic arbitration. Firstly, arbitral tribunals in international arbitration must consist of odd-numbered panels, each party having the right to appoint an equal number of arbitrators. Secondly, only foreign parties may appoint foreign arbitrators, while Romanian parties are only allowed to appoint arbitrators of Romanian citizenship. However, parties may agree upon the appointment of a foreign citizen as sole arbitrator or president of the arbitral tribunal.

The parties may also opt to establish, within the arbitral agreement, the conditions that a person should meet in order for it to be appointed as arbitrator. By way of example, such conditions may refer to high qualifications and experience in certain specialized matters (*e.g.*, international trade, specific industries etc.), previous experience as arbitrator or involvement in specific types of alternative dispute resolution mechanisms (*e.g.*, in dispute adjudication boards specific to FIDIC, for construction-related disputes).

Where parties chose to have their dispute settled by an institutional arbitration organized by CICA, their option for appointing members of the arbitral tribunal is limited to the arbitrators nominated on the list of authorized domestic and international arbitrators publicly available on the website if this institution.[19] It is possible that parties opt for arbitrators other than those included in the list, in which case the arbitration is considered *ad-hoc* and taxes increase by 25%.

2. Constitution of the arbitral tribunal

As a rule, the parties establish the procedure for constituting the arbitral tribunal in the arbitral agreement. If the arbitral agreement fails to provide information as regards the constitution of the arbitral tribunal, the party seeking to defer the dispute to arbitration will invite the other party to proceed with the nomination of the arbitrators. Such invitation will be made in writing and will contain at least the following information: identification data of the proposed arbitrator by the party initiating arbitration and a brief summary of the party's claims and their legal grounds. Within 10 days, the other party must either accept the sole arbitrator proposed by the other party or make its own nomination of arbitrator(s). The arbitrators appointed by the parties shall proceed with the nomination of the president of the arbitral tribunal.

The arbitrators shall accept the nomination in writing and the parties will be notified of such acceptance within 10 days.

---

19 *See* http://arbitration.ccir.ro/engleza/arbitrators.htm.

Pursuant to the RCPC, if a party fails to nominate the arbitrator within the applicable timeline, or if the mechanism of appointment otherwise fails, the interested party can request the competent State court to appoint the arbitrator(s). The State court decides within 10 days and such decision is not subject to any kind of appeal. In arbitrations organized by the CICA, should one or both parties fail to select an arbitrator, the arbitrator shall be appointed by the president of the National Chamber of Chamber of Commerce and Industry of Romania rather than the State court, which have no competence in the matter.

The arbitral tribunal is deemed constituted on the date of the last acceptance of nomination by the sole arbitrator or by the president of the arbitral tribunal.

3. Independence and impartiality of arbitrators

The requirement of independence and impartiality of arbitrators is a universally accepted principle recognized also by the RCPC, which permits challenges against an arbitrator on grounds of lack of independence or impartiality. On the same vein, RCCI procedural rules provide that arbitrators are independent and impartial in fulfilling their jurisdictional duties, stressing out that arbitrators are not representatives of the parties.

In Romanian doctrine and practice, the arbitrators' independence and impartiality is deemed a matter of public policy and the only way to ensure a proper guarantee of the equality of the parties within arbitration procedures. While, as commentators stated, an arbitrator's independence may be assessed based on objective indications, such as the social and financial relationship between the arbitrator and the parties, his impartiality is more difficult to ascertain due to its subjective character, as impartiality refers mainly to the obligation of an arbitrator not to be biased towards one of the parties.[20]

In compliance with the independence and impartiality principle, the RCCI rules require arbitrators, after accepting their mission within the arbitral tribunal, to issue a written statement that, to the best of their knowledge, there is no cause for incompatibility with their position as member of the arbitral tribunal.

4. Challenge of an arbitrator

According to RCPC, arbitrators may be challenged by a party on the same grounds the law provides for judge recusals, in essence, for circumstances raising doubts as to impartiality or independence. In addition, RCPC allows parties to challenge arbitra-

[20] *See* Florescu, C. «Conflict of interests in commercial arbitration. Independence and impartiality of arbitrators». *Romanian Arbitration Journal* n.°. 1, 2010, pp. 26-29.

tors for not fulfilling the qualifications or other express conditions provided in the arbitration agreement.[21]

In addition, an arbitrator who becomes aware of potential challenge grounds in his respect is obliged to inform both the parties and the other arbitrators of the fact before accepting his appointment or, if after acceptance, immediately upon discovering the grounds for challenge. In such case, the parties may waive their right to challenge and maintain the original appointment, subject to acceptance by the arbitrator.

A party may challenge the arbitrator appointed by the other party within 20 days from the date when the party became aware of the arbitrator's appointment or, as the case may be, of the existence of grounds for challenge. A party may not challenge its own appointed arbitrator other than for reasons that have occurred after the appointment. The challenge is to be settled by the State court within 20 days and the decision is not subject to any kind of appeal.

In the case of institutionalized arbitration organized by the CICA, the challenge is not to be settled by a State court, but by the arbitral tribunal, in the absence of the challenged arbitrator, who will be replaced by the president of the CICA, the prime-vice-president or by an arbitrator appointed by them.

In addition to recusal and abstention, the RCCI rules provide that an arbitrator can also be subject to dismissal by decision of CICA for reasons expressly provided by the RCCI or the RCPC rules, as discussed below.

5. Immunity of arbitrators

Within Romanian legal framework governing arbitration procedures, arbitrators are not afforded immunity from suit. Under RCPC, arbitrators may be held liable for damages, under certain conditions prescribed by the law such as: resignation without proper justification after accepting their appointment, failure to participate in the arbitral proceedings or failure to deliver an award in due time, failure to comply with the confidential character of the arbitration by disclosing information without prior authorization from the parties, and flagrant breach of their duties as arbitrators.

In addition to the cases discussed above, RCCI procedural rules also provide for one extra case in which arbitrators' liability could be triggered, namely the unjustified postponement of the settlement of the dispute.

---

[21] *See* art. 351^1 of the RCPC.

C. The arbitral procedure

As a general principle, the entire arbitral proceedings conducted under Romanian law are governed by the following mandatory rules of public order, namely: the parties' right to equal treatment, their right to defense and the right of each party to argue the issues under dispute in front of the arbitral tribunal. To this end, the parties are at all times guaranteed direct access to the case file and they must be informed on the date and venue of the hearings and of other important procedural steps.

Arbitral proceedings that do not follow the abovementioned basic requirements may be subject to nullity under the procedure of setting aside the award.

1. Law governing the arbitral procedure

By virtue of the provisions of the RCPC, the parties are free to determine within their arbitral agreement the law governing the arbitral procedure. However, the parties cannot depart in any way from the principles governing public order or the mores or from the legal imperative provisions of the RCPC, under penalty of nullity of the arbitral award.

The principles of public order or the mores refer mainly to parties' equality and the adversariality of procedures mentioned in the introduction of this section and constitute solid grounds for challenging the arbitral award.

Where the parties fail to agree, within the arbitration agreement, on the law governing the arbitral proceedings, the applicable law shall be determined by the arbitral tribunal, its decision on the matter being constrained by the imperative of complying with mandatory legal dispositions and public order.[22]

Where the arbitrators also fail to determine the law governing the procedures, the arbitration shall be governed by the RCCP, as provided by art. 341 (4) of the same.[23]

---

[22] Legal scholars have stated that: «the arbitral tribunal must try and avoid the annulment of the award and refusal of exequatur. Some arbitral rules expressly provide for the obligation of arbitrators to make every effort to make sure that the Award is enforceable at law». In Deleanu, I. & S. Deleanu. *Op. cit.,* p. 460.

[23] Such provision is in line with the dispositions of Law n.° 105/1992, which sets out that in disputes on private international law aspects the RCPC shall be applicable (as *lex fori*), unless otherwise provided by the parties. This interpretation was confirmed by arbitral tribunals which upheld that: «Failing specific provisions in the contractual clause regarding the applicable procedural law, and in accordance with art. 159 of Law n.° 105/1992, the disputes shall be

Where the parties opt in their arbitral agreement to defer the settlement of their future or present dispute to an institutionalized arbitral court, such as CICA, they are considered to have adopted implicitly the procedural rules of that particular Court. As a result, the arbitration between them shall be governed entirely by these procedural rules and by those of the relevant international conventions whereto Romania is a signatory party.[24] In CICA arbitrations, the RCCI procedural rules shall be supplemented with the RCPC procedural rules; to the extent they do not contradict the RCCI rules.

2. Other aspects related to the arbitral procedure

Parties to international arbitrations governed by the RCPC should pay careful consideration to the time frames imposed by the law for certain procedural steps as, in most cases, if a party fails to comply with the established time-limits, it will be precluded to further make use of certain rights.

As a matter of example, the respondent within the arbitral proceedings is required to invoke all the procedural exceptions and means of defense it intends to use within its statement of defense or on the first hearing date at the latest. Along the same lines, RCPC provides that any request of the parties and any documents they intend to use shall be brought to the attention of the arbitral tribunal on the first hearing date at the latest. As mentioned before, the parties' exceptions on the validity or existence of the arbitral agreement are also restricted within the same timeframe.[25] Failure to comply with the timeframes imposed by the law precludes the parties from invoking such exceptions, or making use of such evidence. However, public order exceptions (such as exceptions based on vitiated summoning procedures, non-arbitrability of the dispute, etc.) may be raised at any time during arbitral proceedings.

Arbitral tribunals constituted under Romanian law underlined the importance of meeting the legal timeframes as an important part of the procedural guarantee of the parties' right to equal treatment and adversariality.[26] However, arbitral tribunals upheld

---

resolved in accordance with the Rules of Arbitral Procedure of the Court of International Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of Romania, in conjunction with the provisions of the Romanian Code of Civil procedure, both as procedural laws of the forum». (*See* CICA Award n.° 16 of 25 April 1994, published in OSIPENCO, E. & M. COZMANCIUC. *Op. cit.*, p. 154).

[24] Art. 95 of the RCCI procedural rules reads: «The international commercial disputes shall be subject, in addition to the provisions hereof, to the provisions of international conventions ratified by Romania».

[25] *See* Subsection III.A.1.1.

[26] In at least one reported case, an Arbitral Tribunal stated that it may not rule over an exception raised by respondent for the first time within its written submission as «this would be in violation of the fundamental principles of any judgment, i.e. the existence of parties in conflict,

that where one party fails to raise exceptions in due time, it still preserves the right to «defend himself in the arbitration, to challenge the claims raised against him, and to discuss the documents on record and the evidence produced by the claimant».[27]

Further on specificities of arbitral proceedings in Romania, RCPC permits respondent to file counterclaims only inasmuch as they derive from the same legal relation as the claimant's claim. This rule is more restrictive than the one applicable to counterclaims filed with State courts, where a counterclaim may be concerned with any requests the respondent may have in relation to the claimant's claims, whether or not they derive from the same legal relationship. Counterclaims must be filed on the first hearing date set in the arbitration, at the latest.

As regards the participation of the parties within the arbitral proceedings, RCPC provides that a party's absence, as long as that party has been properly summoned, will not preclude the arbitral tribunal from adjudicating the case based on the evidence already submitted within the case file. Parties may request the adjournment of the case on the grounds of their impeding absence, for justified reasons; such request may be made only once during the proceedings and must be filed at least one day before the date established for the hearing.

Parties may also request in writing for their dispute to be settled in their absence, based on the documents existing on the case file. However, even in such cases the arbitral tribunal reserves its right to adjourn the proceedings and summon the parties if it deems that their presence is necessary for resolving the dispute. The parties may participate to the proceedings personally or by representative, and may be assisted by lawyers, counsels or interprets. Subject to express approval from the arbitrators, other persons may also be permitted to attend the sessions of the arbitral tribunal.

Under RCPC, minutes will be drawn on each of the hearings, comprising, inter alia, all resolutions the arbitral tribunal made during the hearings, as well as their motivation. Parties have full access to the hearing minutes at all times and may request the tribunal to correct any errors therein.

3. Taking of evidence

RCPC requires each party to prove the facts it bases its claims upon, the arbitral tribunal being entitled to request the parties to provide any written explanations

---

and the right to defence». (*See* CICA Award n.° 62 of 6 April 2000, published in Osipenco, E. & M. Cozmanciuc. *Op. cit.,* p. 26).

27 *See* CICA Award n.° 177 of 1 July 1980, published in Osipenco, E. & M. Cozmanciuc. *Op. cit.,* p. 23.

it may deem necessary as regards the object of the claim or the facts of the dispute. The arbitral tribunal may order the parties to produce any evidence admissible under Romanian law namely: written deeds, witnesses, expert reports, on-site investigations and the interrogation of the other party, provided that such evidence is useful, pertinent, and conclusive for the case.

Parties must submit the written evidence and/or request the tribunal to approve the taking of certain evidence on the first hearing date at the latest, pending forfeiture of the party's right to invoke said evidence. However, should it become evident during the proceedings that evidence thus excluded for tardiness is necessary for the settlement of the dispute, or should belatedly taking such evidence not cause delays in settling the dispute, the party may be permitted to still invoke it after the expiry of the above-mentioned deadline.

Evidence is given in front of the arbitral tribunal during the hearings. Witnesses and experts brought in the proceedings are not required to take an oath and may not be subjected to coercive measures ordered by the arbitral tribunal. Rather, where the arbitral tribunal deems the witness or expert should be sanctioned for failing to meet their obligations, it would refer to this end to the competent State court. Similarly, while arbitral tribunals may order the production of deeds held by third parties, should such third party refuse to relinquish the deeds, the interested party must address the State court with a request to issue an enforceable order against the third party.

Preservation of evidence may be obtained both by way of a decision of State courts and by way of an order of the arbitral tribunal. However, similarly with the cases of sanctioning witnesses or experts and obliging third parties to exhibit deeds in their possession, only State courts may issue an enforceable order for preservation of evidence.

Under the RCPC, arbitrators are free to assess the value of the taken evidence based upon their intimate belief, as well as upon factual and legal grounds.

4. Provisional measures. Jurisdiction to pronounce provisional measures: (State courts and/or arbitral tribunals?)

Under the RCPC, parties seeking to obtain interim or precautionary measures related to the object of the dispute, or to determine a certain relevant state of facts, may address the State courts or the arbitral tribunal, depending on the moment such requests are made. If prior to beginning the arbitral proceedings, such requests may only be made to the State Courts, after the arbitral proceedings have begun, the parties may opt between the State courts and the arbitral tribunal itself.[28]

[28] *See* art. 358^8 and 358^9 of the RCPC.

To conclude, under the RCPC, for provisional measures issued after the commencement of arbitral proceedings, the competence of arbitral tribunals and that of State courts of law is concurrent. However, there are opinions among legal scholars that the parties may decide in the arbitration agreement to confer the arbitral tribunal with exclusive jurisdiction over provisional measures.[29] In such case, the State courts of law will no longer be competent to issue provisional measures.

Different from the RCPC, the RCCI procedural rules provide that, during arbitral proceedings provisional measures can only be rendered by the arbitral tribunal itself, with the exclusion of the State courts' competence.

5. Types of provisional measures

Depending on their particular interest, parties may request provisional measures in one of the following forms: interim reliefs (injunction), precautionary measures and preservation of evidence consisting in factual circumstances.

By interim relief (injunction), arbitral tribunals or the State courts may take swift measures designed to preserve a right that would otherwise be lost, to prevent imminent damage which could not be later recovered, or to remove any obstacles that may arise during enforcement of an order. In order for a request for interim relief to be admitted, the parties must prove the urgency of the circumstances that justifies taking the requested measure by way of an interim relief. Measures taken by injunction produce their effects over a limited period of time, usually until the settlement of the dispute through a final and binding award. An interim relief may not bring any prejudice to the merits of the case, as the procedure whereby they are rendered is an expedited procedure, wherein the judge or arbitrator does not analyze the merits of the case but rather examines *prima facie* whether there are sufficient reasons to ground a reasonable belief that the claimant is entitled to obtain interim measures.

State courts and arbitral tribunals may also order precautionary measures with a view on preserving the rights of the parties on moveable or immoveable assets. Such precautionary measures may take the form of seizure of the debtor's assets, garnishment of third parties accounts, or seizure of a certain asset that the is main object of the dispute raised between the parties. The State court or arbitral tribunal may request the interested party to deposit a court bond as a precondition to obtaining the provisional measure.

Parties may ask the State court or arbitral tribunal to ascertain the existence of a certain factual situation as a provisional measure, motivated by the likeliness that

[29] *See* Deleanu, I. & S. Deleanu. *Op. cit.*, p. 181.

factual situation might change or end until the taking of evidence during the arbitral proceedings. The investigation minutes assessing the factual situation will be served to the other party if absent when the minutes were drawn.

As a general rule, in all cases where provisional measures are requested to State courts rather than arbitral tribunals, the interested party will have to attach to the request a copy of the request of arbitration or, in absence thereof, proof that its claims have been formally brought to the knowledge of the other party as well as a copy of the arbitral agreement.

6. Challenge and appeal against provisional measures

The RCPC provides that all provisional measures ordered by State courts are subject to one single appeal, to be filed within 5 days of the date the closing minutes have been rendered or served to the parties (depending on whether the parties have been summoned or not to the proceedings).

With the RCPC failing to expressly provide that provisional measures rendered by arbitral tribunals as well may be challenged by appeal, the opinion largely taken by legal scholars is that the closing minutes containing provisional measures issued by arbitral tribunals may only be challenged after the commencement of the procedure for the enforcement of the measures, by means of a challenge against enforcement.[30]

Under art. 65 of the RCCI procedural rules, parties may challenge the closing minutes of the arbitral tribunals whereby provisional measures were ordered through an annulment procedure within 5 days from date the minutes were served to the parties.

Challenging provisional measures, either by means of appeal or annulment does not automatically lead to the suspension of the arbitral proceedings. However, parties may request the stay of the proceedings for justified reasons.

7. Enforcement of provisional measures

7.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in Romania

Both RCPC and RCCI rules expressly provide that, should the party fail to willingly observe the provisional measures ordered by an arbitral tribunal, the enforcement of such measures may only be ordered by the State court.

---

[30] *See* TĂBÂRCĂ, M. & G. BUTA. *Civil Procedural Code.* Universul Juridic Publishing House, 2008, 3rd Edition, p. 1139.

All provisional measures, whether taken by the State court or by the arbitral tribunal, are enforced by the competent bailiff under the general rules governing the enforcement procedures.

7.2. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunal or foreign State courts

Recognition and enforcement of decisions rendered by foreign courts as well foreign arbitral awards are governed by Law n.° 105/1992, as well as by the New York Convention which is directly applicable in Romania further to its ratification of 1961. Law n.° 105/1992 represents the general applicable law in all cases in which international conventions whereby Romania is a party do not provide otherwise.

As regards the enforcement of provisional measures, art. 173 (2) of Law n.° 105/1992 reads: «Foreign court decisions whereby precautionary measures were taken and foreign interim decisions cannot be enforced in Romanian territory». This provision is also applicable for foreign arbitral awards on the basis of art. 181 of the same law.

Parties to foreign arbitrations (or foreign law suits) who wish to benefit from provisional measures applicable on Romanian territory may refer to Romanian State courts under art. 152 of Law n.° 105/1992, which states that: «Romanian courts of law may issue, upon request, provisional measures in urgent cases in order to protect rights, interests and goods related to their jurisdiction, even if such courts are not competent, according to the disposition of the present chapter, to settle the merits of the case in view of, or in the course of which those measures are necessary».

D. Law governing the merits of the case

Both RCPC and RCCI rules provide that arbitral tribunals must settle the dispute based on contractual provisions and the applicable legal norms, while considering the relevant trade usages as well.

In order to properly determine the applicable law to the merits of an international arbitration, arbitral tribunals usually have to solve a conflict between several potential applicable laws. Generally, as evidenced in numerous awards rendered by arbitral tribunals constituted under RCCI procedural rules,[31] the solution lies with the relevant dispositions of the *lex fori*.

[31] By way of example, one Arbitral Tribunal held that: «in order to determine the law that is competent to govern foreign trade relationships in dispute, in accordance with the principle always admitted, the *lex fori* shall apply, *i.e.*, the international private law rules of the court

Under the RNCC, the substantive law applicable to the merits of the dispute in international arbitrations shall be determined according to the EU Law, namely Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, and, where the matter is not covered by Rome I Regulation, according to the RNCC relevant rules, unless otherwise stated by international conventions or other derogatory provisions. The applicability of the RNCC is very limited as the matters excluded from the scope of Rome I Regulation are usually non-arbitrable according to Romanian Law, such as customs or administrative matters, questions involving the status or legal capacity of natural persons, obligations arising out of family relationships or of maintenance obligations, obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments, etc.

1. Choice of law by the parties

According to Rome I Regulation a contract shall be governed in whole or in part by the law chosen by the parties (*lex voluntatis*). The choice of law shall be either expressly made in the contract or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.

The parties may at any time agree to change the law they chose to govern their contract as long as the new law of choice does not prejudice in any way the formal validity of the contract or adversely affect the rights of third parties.

The possibility of the parties to freely determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute is recognized under the Geneva Convention as well.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

Where parties fail to determine de law governing the contract, Rome I Regulation provides rules to determine the applicable law depending on the type of contract in question. For example, as a general rule, the applicable law will be set by reference to the habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract. In cases where the applicable law cannot be determined in accordance with the criteria provided in Rome I Regulation, the contract shall be governed by the law of the country to which it is most closely connected.

---

approached». (*See* CICA Award n.° of 29 November 1958, published in OSIPENCO, E. & M. COZMANCIUC. *Op. cit.*, p. 143).

Given the rather exhaustive list of rules to be used in determining the applicable law to the merits absent the parties' choice, arbitral tribunals have limited prerogatives in this respect. An arbitral tribunal may however find that the contract in dispute is more connected to the law of a state other than the one that would result when applying the Rome I Regulation criteria. Should this be the case, Rome I Regulation also offers guidance to arbitral tribunals, providing that, in determining the specific country to which the contract is most connected, they should take into account, *inter alia*, whether the contract in question has a very close relationship with another contract(s). Nevertheless, for an arbitral tribunal to refuse the applicable law as determined under Rome I Regulation, the connection of the contract to the law of another state must be manifest.

For disputes concerning matters that are outside the scope of Rome I Regulation, the RNCC provides that, absent the parties' choice, the law of the contract is the law of the state to which the contract is most closely connected. Competent to determine such law is the arbitral tribunal, which, in doing so, must apply the criteria set forth by the RNCC, namely: the law of the state where the debtor of the characteristic performance has its habitual residence, the goodwill of its business, or its registered statutory office. Additionally, when unable to determine to which law the contract is most closely connect, the arbitral tribunal will apply the law of the State where the contract was concluded.[32]

Apart from the provisions mentioned above, the Geneva Convention also contains brief references as to determining the law applicable to the merits of the case, stating that arbitrators will apply the proper law as established by the rule of conflict the arbitrators deem applicable in that specific case, with special consideration as to the terms of the contract and trade usages.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

Both Rome I Regulation and the internal laws provide specific cases when the freedom of the parties or the arbitrators in determining the applicable law to the merits of the case is limited.

Under Rome I Regulation, the parties' choice of applicable law cannot override the imperative legal dispositions pertaining to the law of the country where all the relevant elements of the contract are located. Moreover, where the relevant elements of the contract belong to a member state of the EU, the parties cannot prejudice the European imperative dispositions by choosing as applicable law the law of a non-member state of the EU.

---

[32] *See* art. 2638 (1) of the RNCC.

Another limitation to the parties' freedom to determine the applicable law provided by Rome I Regulation relates to the public order of the forum, as provisions of the law chosen by the parties may be denied application if manifestly incompatible with the *lex fori* public policy. Moreover, the application of the law chosen by the parties will also be denied in the presence of certain overriding mandatory provisions pertaining to the law of the forum, defined by Rome I Regulation as «provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract».[33]

The RNCC retains the Rome I Regulation's limitations related to public order and overriding mandatory provisions, adding also a legal definition of the public policy of Romanian private international law, with direct reference to the fundamental principles of Romanian and European law, as well as to international human rights law.[34] These fundamental principles will be extracted by interpretation from the constitutional and European provisions, as well as from the human rights treaties, particularly the ECHR.

Also, the RNCC provides that, in cases of fraud against Romanian law, the application of the foreign law will be denied. As the RNCC fails to define the concept of fraud under the law, legal scholars have identified two major cases in which the parties may be deemed to have tried to perpetrate a fraud against Romanian law. In the first case, the parties introduce a foreign element into the contract in a fraudulent way so as to artificially generate a conflict of law that would otherwise not exist. The second case consists of situations where the parties change a certain reference point in the contract in a fraudulent manner so as to determine the applicability of a foreign law that would otherwise not be applicable.[35]

E. The award

As a preliminary consideration, the RCPC provides a limited timeframe within which the arbitral tribunal must render the award, namely 5 months as of the date the tribunal was constituted. The arbitral tribunal may extend such term by 2 months, if the circumstances so require. The term may be stalled for the intervention of certain procedural incidents, and will be automatically prolonged in instances provided ex-

---

33 *See* art. 9 (1) of Rome I Regulation.

34 *See* art. 2564 (2) of the RNCC.

35 *See* SITARU, D.A. *International Private Law. Treaty.* Lumina Lex Publishing House, pp. 127-128.

pressly by the RCPC. The parties may also agree, in writing, to the extension of the 5-month term.

If the international arbitration is institutional, and thus subject to the RCCI rules of procedure, the term within which the arbitral tribunal is bound to render the award is of 12 months as from its establishment.

According to both RCPC and the RCCI rules of procedure, awards are passed by the arbitral tribunal upon secret deliberations, by majority of votes. Dissenting opinions are allowed under Romanian law; dissenting arbitrators must deliver their dissenting opinion in writing, signed, and including a proper motivation.

The contents of the arbitral award must comply with the parties' special requirements, where provided. Absent specific conditions set by the parties, the RCPC requires arbitral awards to be presented in writing and to include: the names of the members of the tribunal, the place and date of the award; the names of the parties and their identification data; the wording of the arbitration agreement; the object of the dispute and the summary of the arguments presented by each party; the factual and legal grounds of the award; the decision; the signatures of all arbitrators (except for the dissenting ones, who must draft and sign separate opinions). If the arbitration is organized by the CICA, the award will also include the name and signature of the arbitral assistant.

If the arbitral tribunal omitted to refer in the award to one of the claims, any of the parties may ask the supplementation of the award. Correspondently, any errors that do not interfere with the merits of the case, such as clerical or calculation errors will be corrected by means of correction minutes. The award may also be subject to interpretation by the arbitral tribunal where the decision is not clear as to its applicability or contains contrary dispositions. Decisions given by arbitral tribunals in order to supplement, interpret or correct the initial award constitute an integral part thereof.

Awards will be notified to the parties within a month as of the date they are rendered. Under the RCPC, the award notified to the parties produces the same effects as a final decision passed by a State court.

According to the RCPC, the award is binding upon the parties, who shall carry it out without delay within the terms mentioned therein. If one of the parties willingly fails to comply with the award, the interested party may address the State court to obtain enforcement of the award. Awards vested as executory titles will be enforced in the same way as decisions passed by State courts.

F. Challenge of the award

Arbitral awards are final and binding and both the RCPC and the RCCI procedural rules only allow for the setting aside of the arbitral award for the limited grounds that will be detailed further on.

1. Grounds for challenging awards

Under RCPC and RCCI rules an arbitral award may only be set aside in the following situations:

- the dispute was not arbitrable;
- the arbitral tribunal settled the case without an arbitral agreement or pursuant to a void or ineffective arbitral agreement;
- the arbitral tribunal was not constituted in accordance with the arbitral agreement;
- a party was not present at the hearings or was not summoned in accordance with the law;
- the arbitral award was rendered after the applicable deadline;
- the arbitral tribunal decided on matters that had not been claimed, failed to decide on matters that had been claimed, or granted more than what was claimed;
- the arbitral award does not include the decision and its grounds, the date and place of the decision or the signatures of the arbitrators;
- the arbitral award includes decisions that cannot be enforced;
- the arbitral award breaches public policy or imperative provisions of the law.

The RCCI rules add one more ground for setting aside an arbitral award, namely the situation where an unconstitutionality challenge raised within the arbitral proceedings was granted by the Romanian Constitutional Court after the rendering of the arbitral award, declaring as unconstitutional a legal provision relevant to the case.

Some of the abovementioned grounds for setting aside an award may only be raised if they were priorly invoked within the arbitral proceedings, such as the ones related to the constitution of the arbitral tribunal or the validity and effects of

the arbitration agreement that must be invoked by the parties within the arbitral proceedings on the first hearing date at the latest.[36]

2. Proceedings

The request to set aside the arbitral award must be submitted within one month from the date the arbitral award was served to the concerned party, with the exception of requests for setting aside based on the ground provided by the RCCI procedural rules exclusively, which must be filed in 3 months since the publication of the Constitutional Court's decision in the Romanian Official Gazette.

Parties are only allowed to waive the right to initiate an action to set aside the arbitral award after the rendering of the award.

The State court competent to rule on the setting aside request is the court immediately superior to the court that would have been competent to settle the dispute between the parties absent the arbitral agreement.

The State court may stay the enforcement of the arbitral award until the request for setting it aside is settled, provided that the interested party deposits a court bond the amount of which is established by the State court. The decision related to the stay of the enforcement of the arbitral award may be challenged separately by means of a single appeal.

Should it find that the request for the setting aside is grounded, the State court will annul the arbitral award and render a decision on the merits of the case. However, where it deems additional evidence needs to be produced, the State court will pass an interim decision setting aside the award and delay the rendering of a decision on the merits until such evidence is presented.

The decision of the competent State court on the setting aside of the arbitral award is subject to one single appeal.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Under Romanian law and the New York Convention foreign awards are defined as arbitral awards rendered on the territory of a foreign state, or arbitral awards that are

[36] *See* Subsection III.C.2.

not considered as national under Romanian Law, namely depending on the preponderance of the foreign elements contained therein.

In accordance with the New York Convention, foreign arbitral awards will be recognized and enforced in Romania pursuant to the local procedural rules in force (namely, Law n.° 105/1992 and the RCPC). However, the reasons for refusing the recognition or enforcement of an arbitral award are limited under both New York Convention and the Geneva Convention to the grounds expressly listed therein.[37]

As already mentioned, the New York Convention is applicable in Romania insofar it relates to disputes that are considered commercial under Romanian Law. For other arbitrable disputes, the provisions of Law n.° 105/1992 shall be fully applicable, unless otherwise provided within bilateral/multilateral agreements concluded between Romania and other states.

Pursuant to both the RCPC and Law n.° 105/1992, foreign arbitral awards must first be recognized in order to benefit from *res iudicata* in Romania. Recognition of awards is conditional upon meeting the following cumulative conditions: the award is final under the law of the state where it was rendered, the arbitral tribunal was competent to settle the dispute and there is reciprocity as regards the effects of arbitral awards between Romania and the other state where the award was rendered.

The application for the recognition of an arbitral award shall be accompanied by a copy of the award and evidence to the fact that the award is final and that the party against whom the award is invoked was lawfully summoned to the arbitral proceedings where the award was rendered in its absence.

Apart from the grounds provided by the New York Convention and the Geneva Convention, a foreign arbitral award may be denied recognition if the award was rendered further to a fraud within the arbitral proceedings. The concept of fraud within arbitral proceedings, as commented by legal scholars, comprises, apart for the grounds for denial of recognition and enforcement indicated in the two above-mentioned Conventions, cases such as: abuse of powers by the members of the tribunal,

[37] These grounds for refusal refer mainly to one of the following: the incapacity of the parties to conclude an arbitral agreement and the lack of validity thereto, the party against whom the award is invoked was not properly summoned or was not able to sustain its defence, the award refers to matters not comprised within the arbitral agreement or not requested by the parties, the constitution of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings were unlawful, the award is not final or has been set aside or suspended in another country for the one of the reasons abovementioned. *See* art. 4 of the New York Convention and art. 9 of the Geneva Convention.

corruption thereof, gross breach of the procedural rules, lack of proper motivation of the award.[38]

The State court competent to decide on the recognition of the award will not rehear the case on the merits.

As to the enforcement of foreign arbitral awards, the RCPC provides that, lacking willing compliance therewith by the parties, the enforcement of the award may be granted if, in addition to the legal requirements for recognition, the award is enforceable under the law of the arbitral tribunal rendering it, and the request for enforcement is filed within the statute of limitation term provided by Romanian law for enforcement procedures.[39] Enforcement application may be denied for the same grounds as recognition applications.

If the enforcement request is approved by decision of State court, an enforcement order will be issued and the award will be enforced under the same procedural rules as applicable to the enforcement of decisions passed by State courts.

V. Conclusion

As EU member since January 2007, Romania is bound to observe all mandatory European provisions, including Rome I Regulation governing the law applicable to contractual obligations. Additionally, all arbitral proceedings carried out in Romania will comply with the fundamental human rights, as expressed within the Romanian constitutional provisions, its internal regulations, as well as within human rights treaties whereto Romania is a party, especially the ECHR.

Parties to an arbitration agreement seeking to have their dispute settled in Romania may choose to defer their dispute either to an *ad-hoc* tribunal functioning under the RCPC rules, or to a permanent arbitration body, such as CICA or other courts of arbitration attached to territorial chambers of commerce, which are organized under the RCCI procedural rules. Bilateral chambers of commerce functioning in Romania are allowed to establish permanent arbitration institutions as well, but only a small number of such alternative institutionalized arbitration bodies have yet been organized.

Parties enjoy large discretion in establishing both the rules governing the arbitral proceedings and the law applicable to the merits of the case, provided that public

---

[38] *See* Roş, V. *Op. cit.*, p. 600.

[39] According to the RCPC, enforcement may only be requested with 3 years as of the moment the right to request such enforcement arose.

order, morals and legal imperative dispositions (of national or European origins) are not overridden by the terms of the arbitral agreement. As a rule, parties deferring their dispute to a permanent arbitration body are considered to have implicitly agreed upon the application of the procedural rules thereof.

Parties to arbitration proceedings carried out in Romania are guaranteed the right to equality, the right to defense and the right to argue all the issues that are under dispute in front of the arbitral tribunal. Nevertheless, parties should pay careful consideration to the time limitations imposed by the procedural rules for invoking certain exceptions, means of defense or for submitting evidence.

An arbitral tribunal constituted under Romanian procedural rules is generally allowed to order any provisional measures a State court would, but will normally be prevented from enforcing such measures itself without resorting to State courts.

Romania has ratified the New York Convention in 1961 subject to two reservations that restrict the application thereof to disputes considered to be commercial under Romanian law and only if the condition of reciprocity for the recognition and enforcement of arbitral awards issued in a non-contracting state is met. Therefore, parties to a commercial dispute settled by a foreign arbitral tribunal will benefit from all the guarantees provided by the New York Convention related to the recognition and enforcement of their award. For other types of arbitrable disputes that do not fall under the scope of the New York Convention, parties will refer to Law n.° 105/1992 in order to determine the conditions for the recognition and enforcement of the foreign arbitral award.

Reino Unido

Jan Kleinheisterkamp

Sumario: I. Introducción.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— A. Fuentes de Derecho Interno.— B. Fuentes de Derecho Internacional.— C. El papel del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje en Inglaterra.— III. La elección de Inglaterra como sede.— A. El convenio arbitral.— 1. Validez del convenio arbitral.— 1.1. Validez formal.— 1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 4. *Competence-Competence*.— B.— El tribunal arbitral.— 1. Composición del tribunal arbitral.— 2. Constitución del tribunal arbitral.— 3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 4. Recusación de un árbitro.— C. El procedimiento arbitral.— 1. Principio de la autonomía y ley aplicable al procedimiento arbitral.— 2. Igualdad de partes y derecho de ser oído.— 3. Pruebas.— 4. El principio de la confidencialidad.— D. Medidas cautelares.— E. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 1. Elección del derecho aplicable por las partes.— 2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes.— 3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— F. El laudo.— G. Los recursos contra el laudo.— 1. Recurso de impugnación.— 1.1. Motivos de recurso en anulación.— 1.2. Procedimiento.— 2. Recurso de apelación.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.— 1. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.— 2. Ejecución de laudos según el régimen interno.

I. Introducción

El arbitraje comercial tiene una larga tradición en Inglaterra y puede trazarse hasta, cuanto menos, la Edad Media, en la que los comerciantes tenían el privilegio de resolver sus disputas entre sí, sin interferencia de los Señores del mercado, y de poder contar con el poder público para la ejecución de los laudos.[1] Los Tratados de 1303 (*Carta*

[1] Véase *The Little Red Book of Bristol* de aproximadamente 1280 AC, en Teetor, P.R. «England's Earliest Treatise on the Law Merchant» (1962) 6 *American Journal of Legal History* 178, pp. 195-196: «En todas las cortes de mercados, todos los juzgamientos deben ser hechos por los

mercatoria) y 1474 (Paz de Utrecht) ya garantizaban a los mercaderes extranjeros el privilegio de resolver sus controversias a través de tribunales independientes. Posteriormente, el arbitraje perdió influencia con la integración de las materias comerciales dentro de la competencia de los tribunales ordinarios y la consecuente absorción de las *leges mercatorias* por el *common law*.[2] Por bastante tiempo convenios arbitrales que excluyeron las jurisdicciones ordinarias fueron considerados como contrarios al orden público, pero el arbitraje continuó siendo muy importante en los mercados especializados, en los que no era necesario —ni se ha necesitado hasta la actualidad— el poder público para asegurar el cumplimiento de las promesas contractuales y los laudos resultantes.

Ese arbitraje especializado siempre fue importante en la City of London, así como en las controversias en materias de transporte marítimo y seguros y ha influenciado las peculiaridades del Derecho Inglés del Arbitraje que persisten hasta hoy. Con la ratificación de la Convención de Nueva York y su transposición en 1975, la reforma de 1979 que limitó los poderes de intervención de los jueces de revisar los laudos y, finalmente, la reforma de 1996, el arbitraje comercial ha adquirido un enorme éxito en Londres y la ciudad se ha convertido en uno de los centros principales del arbitraje internacional, con una industria a su alrededor extremamente profesional y bastante lucrativa, rivalizando así con la plaza de París en la materia. Este éxito también es en buena parte debido a la excelencia de los jueces comerciales en Londres, quienes también han entendido bien la necesidad de cultivar una cultura favorable al arbitraje, pero siempre de manera muy pragmática, sin sucumbir a las tentaciones de las teorías excesivamente transnacionales, como los ingleses reprochan a los franceses.[3] Otro factor ha sido la importancia tradicional de Londres para las antiguas colonias del imperio británico, que han generado gran cantidad de arbitrajes, además de litigios comerciales internacionales frente los tribunales ingleses, originados en India, Asia Suroriental, África y el Próximo Oriente. Sin embargo, desde hace algunos años especialmente las partes provenientes de Asia han descubierto las ventajas de arbitrar en Hong Kong y Singapur, las dos antiguas colonias británicas que aún cuentan con sistemas judiciales de formación inglesa pero que pueden ofrecer servicios más cercanos y, en parte, menos costosos.

---

comerciantes de la misma corte y no por el alcalde o el intendente del Mercado… Si un juzgamiento es dictado en el foro del mercado conforme a la ley de los comerciantes (*lex mercatoria*), la ejecución es inmediata. Esta ejecución pertenece principalmente al señor del Mercado, al lugarteniente del señor en el Mercado». [traducción del autor].

2 Véase MCKENDRICK, E. *Goode on Commercial Law* (4.ª Ed., 2010) 1-8.

3 Un buen ejemplo es el caso Dallah, *infra* n.º 33, en el que los tribunales ingleses y la *Cour d'appel de Paris*, RG n.º 09/28533, decisión del 17 de febrero de 2011, http://arbitration.practicallaw.com/8-505-0043, han llegado a soluciones diametralmente opuestas; véase KLEINHEISTERKAMP, «J. Lord Mustill in the Courts of Tennis – *Dallah* in Utopia, England and France», próximamente en la *Modern Law Review*, 2012.

Sin poder aún rivalizar en tamaño con la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *London Court of International Arbitration* (LCIA) también ha obtenido gran aceptación. Fundada en 1883 como cámara de arbitraje para el comercio internacional que siempre ha atraído la ciudad de Londres, se ha convertido en la institución arbitral más importante en el mundo del *Commonwealth*, y se ha expandido últimamente con oficinas a Dubái y Nueva Delhi.

Es necesario mencionar que Escocia tiene un régimen autónomo de arbitraje y, por ello, no puede hablarse de arbitraje en el Reino Unido. Sin embargo, la última reforma de 2010[4] aproxima de manera significativa el Derecho escocés, que previamente había adoptado la Ley Modelo de la CNUDCI para arbitrajes internacionales,[5] al derecho inglés (que se aplica también en Gales y a Irlanda del Norte), eliminando prácticamente las diferencias de fondo en el Reino Unido, aunque la nueva ley escocesa es una copia menos convincente en términos de claridad y coherencia que su modelo inglés.

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

A. Fuentes de Derecho Interno

La principal fuente de derecho interno es la ya mencionada *Arbitration Act* de 1996 («*AA*»).[6] En parte, ésta ha remplazado a la *Arbitration Act* de 1950, que sigue, sin embargo, en vigencia[7] para ciertas situaciones que hoy en día ya no son de relevancia práctica. La *Arbitration Act* 1996 está inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI 1985, aunque no la sigue literalmente y se desvía en varias ocasiones de ella. La *Arbitration Act* 1996 tiene una estructura y redacción muy clara y bien elaborada, y se distingue de otras leyes de arbitraje, incluso de aquéllas basadas en la Ley Modelo, por su estilo particular, su precisión (al menos mayoritariamente) y su pragmatismo.

Las reglas del *common law* siguen siendo aplicables en la medida en que no sean incompatibles con la legislación específica, según lo clarifica la s. 81(1) AA. Aunque pueda parecer curioso al observador extranjero, este derecho antiguo creado por jueces rige particularmente cuestiones de orden público como la determinación de las materias arbitrables (art. III.A.1.2) y, en la medida que la Convención de Nueva York

---

4 *Arbitration (Scotland) Act 2010*, 2010 asp. 1; http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents.

5 *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990*, 1990 c. 40, s. 66.

6 1996 Chapter 23 [17 Junio 1996]; http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents.

7 Véase *Schedule IV* al *Arbitration Act* 1996. Las *Arbitration Acts* de 1975 (que transponía la Convención de Nueva York y que ahora se encuentra en las ss. 100-104 AA) y de 1979 (que modificó algunos aspectos de la AA 1950, véase *infra* n.° 84) han sido derogadas.

o la *Arbitration Act* 1950 no se apliquen,[8] la posibilidad de rechazar la ejecución de sentencias arbitrales por ser incompatibles con el orden público inglés (art. IV.2). El *common law* también sigue rigiendo la ejecución de sentencias que no caen dentro de los ámbitos de la Convención ni de la *Arbitration Act* 1996 (art. III.A.1.1 y IV.2).

B. Fuentes de Derecho Internacional

El Reino Unido ha ratificado la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 («*CNY*») con la reserva de reciprocidad (véase la s. 100(1) AA: «*a 'New York Convention award' means an award made … in the territory of a state (other than the United Kingdom) which is a party to the New York Convention*»). El Convenio es así aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte tal como fue integrado en ss. 100-103 AA (art. IV.1). El Reino Unido también ha ratificado el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.[9] No ha ratificado el Convenio europeo sobre arbitraje mercantil internacional de Ginebra de 1961, pero si la Convención de Ginebra sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1927, a la cual la s. 99 AA hace referencia al mencionar la *Arbitration Act* de 1950, pero que carece hoy de relevancia práctica ya que la Convención de Nueva York la ha remplazado (art. VII(2) CNY). El Reino Unido no parece haber ratificado acuerdos bilaterales con Estados latinoamericanos.

C. El papel del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje en Inglaterra

El impacto del derecho de la Unión Europea en el arbitraje en Inglaterra es bastante importante y ha causado bastante indignación en el contexto del caso *West Tankers*.[10] En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («*TJUE*») declaró incompatible con el Reglamento n.° 44/2001 («*Reglamento Bruselas I*») la práctica de los tribunales ingleses de utilizar *anti-suit injunctions* para ordenar a una parte que, en violación de una obligación de someter controversias al arbitraje en Inglaterra, ha iniciado procedimientos en una jurisdicción estatal, que retire su demanda para respetar la competencia exclusiva de los árbitros. Este mecanismo de ejecución del convenio arbitral es muy eficaz para evitar los problemas de «torpedo italiano», esto es, la práctica abusiva de iniciar procedimientos en tribunales sobrecargados en Italia para ganar tiempo e imponer obstáculos a la otra parte. Según el TJUE, las *anti-suit injunctions* interfieren con el principio de *lis pendens* del Reglamento Bruselas I y, así, violan el principio de la confianza mutua en los tribunales, que es el fundamento de todo el Reglamento. La revisión del Reglamento Bruselas I, de acuerdo con la pro-

---

8 S. 99 AA.

9 Véase la *Arbitration (International Investment Disputes) Act* 1966 (1966 c. 41).

10 Sentencia del TJUE, de 10 de febrero de 2009, caso C-185-07, *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA vs. West Tankers Inc. (The Front Comor)* [2009] ECR I-663.

puesta por la Comisión Europea en reacción a la protesta inglesa, debe eliminar este problema de las acciones «torpedo» (véase la contribución de Philippe Pinsolle en este libro). Sin embargo, la prohibición de *anti-suit injuctions* del Derecho europeo sólo se aplica dentro del ámbito del Reglamento Bruselas I y, así, no impide que tribunales ingleses decreten *anti-suit injunctions* contra partes que inician procedimiento en tribunales estatales en países extra-europeos.[11]

El segundo papel importante del Derecho de la Unión Europea es el de imponer, como parte del orden público, las leyes de policía de origen europeo, tales como los regímenes europeos de la competencia y de la compensación de agentes comerciales (art. III.E.3).

III. La elección de Inglaterra como sede

Según la s. 2(1) AA, la legislación inglesa se aplica a todos los casos en los que la sede del arbitraje esté en Inglaterra (incluyendo Gales e Irlanda del Norte). Éste es el caso, conforme a la s. 3 AA, cuando las partes han elegido la sede en Inglaterra o cuando la institución arbitral elegida por las partes o los árbitros, debidamente autorizados para tales fines, han fijado la sede en Inglaterra; en ausencia de tal determinación directa o indirecta por las partes, los tribunales ingleses determinan la sede del arbitraje en vista de las intenciones de las partes y todas las circunstancias relevantes.[12]

A. El convenio arbitral

El convenio arbitral es definido en la s. 6(1) AA como «un convenio para someter al arbitraje controversias futuras o presentes (sean ellas de naturaleza contractual o no)». La distinción entre cláusula arbitral y compromiso arbitral es irrelevante en Derecho inglés; todo convenio válidamente concluido para someter determinadas controversias al arbitraje es ejecutado por los tribunales ingleses.

1. Validez del convenio arbitral

1.1. Validez formal

En línea con el art. II CNY, la s. 5 AA requiere que el convenio arbitral, así como cualquier acuerdo que afecte a cuestiones relacionadas, conste de forma escrita. Sin

---

[11] *Shashuo & Ors vs. Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm); *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP vs. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2010] EWHC 772 (Comm).

[12] Para la determinación de la sede arbitral conforme al reglamento de la institución arbitral véase *ABB Lummus Globel Ltd. vs. Keppel Fels Ltd* [1999] 2 *Lloyd's Rep*. 24 (art. 16 LCIA Rules).

embargo, no es necesario que haya un acuerdo firmado por las partes; es suficiente que el acuerdo entre las partes sea evidenciado por un escrito, aunque sea sólo un memorando de una parte o de una tercera parte autorizada por las partes, siempre que no haya duda sobre el hecho de que existe acuerdo de alguna forma. Conforme a la s. 6(2), también es suficiente la referencia en un acuerdo a un convenio arbitral contenido en otro documento escrito; no es necesaria una referencia explícita al convenio arbitral; es suficiente una referencia genérica al otro documento en la medida en que no quepa duda de que las disposiciones del otro documento se incorporan por medio de la referencia en el acuerdo de las partes.[13]

Los convenios arbitrales orales no caen dentro del ámbito de la *Arbitration Act*, aunque igualmente pueden constituir la base de un arbitraje y un laudo resultante puede ser, posteriormente, ejecutado por medio de la «*action on the award*» del *common law* (art. IV.2).

1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad

Cuando el caso presenta una dimensión internacional, la validez sustantiva del convenio arbitral depende primeramente del Derecho aplicable. Para ello, está claramente reconocida la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden elegir la ley aplicable a la validez sustancial del convenio arbitral, dentro de los límites del orden público, que son cuestiones regidas exclusivamente por la *lex fori*, esto es, el Derecho inglés.[14] En casos regidos por la Convención de Nueva York, la s. 103 AA prevé que, si nada se hubiera indicado a este respecto, la validez del convenio arbitral se determina en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia arbitral o, implementando la regla, el país que es la sede del arbitraje.[15] Fuera del ámbito de la Convención, el Derecho aplicable es, según la regla general de Derecho Internacional privado inglés, aquél que tiene el vínculo más estrecho con la situación.[16] Algo problemático es, tanto bajo la Convención como bajo el Derecho autónomo inglés, la determinación si las partes han, de hecho, indicado su intención en lo que concierne el Derecho aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral. Mientras alguna jurisprudencia parece sugerir que la elección de la sede del arbitraje indica que la ley de este país debería determinar la validez del convenio arbitral,[17] otra parece partir de

---

13 *Aughton vs. M.F. Kent Services* (1991) 57 BLR 1.

14 *Tamil Nadu Electrity Board vs. St-Cms Electric Company Private Ltd.* [2007] EWHC 1713 (Comm) ¶ 35; *C vs. D* [2007] EWHC 1541 (Comm) ¶ 56.

15 *Cf. Halpern & Anor vs. Halpern & Ors* [2006] EWHC 603 (Comm) ¶ 55 («The seat of arbitration is a pointer to the law of the arbitration agreement»).

16 *Compagnie Tunisienne De Navigation S.A. vs. Compagnie D'Armement Maritime SA* [1970] 2 *Lloyd's Rep.* 99 (HL).

17 *C vs. D* [2007] EWCA Civ 1282 ¶ 26.

la presunción de que al someter el contrato entero a la ley de un determinado país, las partes implícitamente también aceptaron que la cláusula arbitral contenida en él queda sometida a la misma ley.[18] La cuestión depende, finalmente, de la apreciación de todas las circunstancias por el juez.

Si el convenio arbitral es regido por el Derecho inglés, su validez sustantiva, inclusive su interpretación, es determinada por los principios generales del *common law* sobre la formación e interpretación de contratos. Ello incluye las reglas sobre *misrepresentation* (fraude y error), *duress/undue influence* (violencia e intimidación), ilegalidad (en particular corrupción), etc. Si el Derecho inglés es aplicable, no se permite ni a los árbitros (art. III.A.4) ni a los tribunales ingleses determinar la existencia y el ámbito de la competencia arbitral en base a principios «transnacionales», ya que no son parte del Derecho inglés.[19]

Aunque la s. 81(1)(a) AA menciona explícitamente la validez continua de las reglas del *common law* sobre arbitrabilidad objetiva de controversias, ello no constituye un criterio de gran relevancia en Inglaterra en el ámbito comercial, tal como lo ilustra el pasaje en el gran libro de referencia de *Mustill & Boyd*:

> De interés eminentemente práctico es otro aspecto de arbitrabilidad que ha jugado un rol importante en otros sistemas jurídicos, esto es, el concepto de que los árbitros no tienen el poder de decidir asuntos que conciernen intereses del Estado. Afirmamos con plena confianza que un tal principio general nunca ha sido ni es parte del Derecho inglés, aunque pueda haber casos particulares en los que el Derecho Público pueda afectar el arbitraje privado… Al concentrarnos en el Derecho del Arbitraje de controversias comerciales, en el sentido más amplio posible, no necesitamos preocuparnos… sobre asuntos de estado civil, legitimidad, nacionalidad, etc… Las dudas doctrinales contra procedimientos en base a su arbitrabilidad no son adecuadas. Si las partes han elegido… arbitraje, debe permitírseles, y si es posible obligarlas, que afirmen su elección.[20]

La posición inglesa parece ser que, en principio, un convenio arbitral en materia comercial no debe causar problemas de orden público que llevaran a rechazar su ejecución. Sobre todo, leyes extranjeras que prohíben el arbitraje para ciertas materias, no son de aplicación en Inglaterra.[21] Leyes imperativas inglesas que imponen la com-

---

18 *Son atrach Petroleum Corporation (BVI) vs. Ferrell International Ltd* [2001] EWHC 481 (Comm) ¶ 32.

19 *Cf. Peterson Farms Inc. vs. C & M Farming Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm) ¶ 47 y 62.

20 Mustill & Boyd. *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 73-75. [traducción del autor].

21 *Tamil Nadu*, *supra* n.° 14, ¶ 40.

petencia exclusiva de tribunales estatales, tal como en el ámbito del Derecho de Sociedades, han sido interpretadas como irrelevantes para la cuestión de la arbitrabilidad, ya que sólo limitan los poderes de los árbitros para ciertas consecuencias jurídicas, sin poner en cuestión su competencia para la controversia subyacente.[22] En todo caso, se acepta que los árbitros mismos pueden decidir sobre cuestiones de ilegalidad del contrato subyacente.[23] Consecuentemente, surgen problemas únicamente si es «palpable» que la ejecución del convenio arbitral, por causa de las circunstancias específicas del caso, llevaría a una violación del orden público inglés.[24] Esto es, en particular, cuando los árbitros han, de hecho, utilizado sus poderes derivados del convenio para pronunciarse de manera incompatible con el orden público (internacional) inglés.[25] Además del rechazo del reconocimiento y de la ejecución del laudo en Inglaterra (art. IV.1&2), la incompatibilidad con el orden público inglés puede también llevar al rechazo de dar efecto judicial al convenio arbitral en Inglaterra si ese convenio ya ha ocasionado un arbitraje en el que se ha ignorado el orden público internacional inglés y si, seguidamente, la parte protegida por la regla de orden público reinicia procedimientos en los tribunales ingleses. Así fue aceptado en el caso *Accentuate vs. Asigra*,[26] en el que un agente comercial inglés perdió en un arbitraje en Canadá en el que el tribunal arbitral exclusivamente aplicó, tal como lo preveía la cláusula de elección del Derecho aplicable acordada por las partes, Derecho canadiense, sin tomar en cuenta las normas europeas que protegen a los agentes comerciales y que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son de aplicación inmediata y necesaria (leyes de policía, E.3).[27] Sin embargo, no trataba, por tanto, de falta de arbitrabilidad general *ratione materiae*, sino de nulidad específica del convenio arbitral por ser un instrumento de violación del orden público.

2. Separabilidad del convenio arbitral

La separabilidad del convenio arbitral viene explícitamente reconocida en la s. 7 AA, al precisar que un convenio arbitral no debe ser considerado como inválido, inexistente o inefectivo por estar inserto en un contrato que es inválido, que no ha entrado

---

22 *Fulham Football Club (1987) Ltd. vs. Richards & Anor* [2011] EWCA Civ 855 ¶ 83-84 y 102-103.

23 *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors vs. Yuri Privalov & Ors* [2007] EWCA Civ 20 ¶ 23, confirmado en *Premium Nafta Products Ltd. (20th Defendant) & Ors vs. Fili Shipping Company Ltd & Ors* [2007] UKHL 40.

24 *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. vs. Kansa General International Insurance Co. Ltd.* [1993] QB 701, 721; *Soleimany vs. Soleimany* [1998] EWCA Civ 285, [1999] QB 785, 797F & 799G.

25 Para la cuestión del comportamiento erróneo de los árbitros más que de la falta de competencia, véase *Soleimany*, *supra* n.° 24, 799E.

26 *Accentuate Ltd. vs. Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB) ¶ 73-89.

27 TJE, C-381/98, *Ingmar GB Ltd. vs. Eaton Leonard Technologies Inc.*, (2000) Rec. I-9305 ¶ 25.

en vigor o que ha perdido su efectividad, y que debe ser tratado como un acuerdo distinto. Es aceptado, sin embargo, que la razón que causa la invalidez del contrato puede ser, al mismo tiempo, la razón que invalida el convenio arbitral. Aunque se ha debatido que el hecho de que un contrato sea inválido y no inexistente *ab initio* pueda implicar la invalidez automática de la cláusula arbitral contenida en éste para casos de ilegalidad (corrupción),[28] la posición correcta parece ser que la distinción no es, en sí, determinante pero requiere más bien un análisis específico de la intención del legislador subyacente a la norma que establece la ilegalidad y sus consecuencias.[29] En todo caso, tal y como ha confirmado la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Fiona Trust* (*Premium Nafta*), en la que rechazó verificar alegaciones relativas a que el contrato que contenía una cláusula arbitral había sido concluido por medio de corrupción del agente de la parte recalcitrante, los tribunales ingleses dan plena efectividad al principio de la separabilidad para garantizar la celeridad y eficiencia del procedimiento arbitral.[30] El principio es, particularmente, importante en combinación con el principio de «*competence-competence*» (art. III.A.4) y la interpretación muy liberal del concepto de arbitrabilidad (art. III.A.1.2).

3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

El Derecho inglés claramente no acepta la doctrina de los grupos de empresas tal como ha sido promovida por ciertos tribunales arbitrales y estatales desde el caso *Dow Chemicals*.[31] La extensión del convenio arbitral a terceras partes no signatarias del convenio sólo puede operar, si es aplicable el Derecho inglés, en base de doctrinas de Derecho Contractual o Procesal del *common law*, tales como *agency* (representación), *assignment* (cesión), *third party beneficiaries* (estipulaciones en favor de terceros), *succession* (sucesión en derecho), *piercing the corporate veil* (levantamiento del velo jurídico), *alter ego* (abuso de la forma jurídica) o *estoppel* (preclusión por actos propios).[32] Desde el caso *Dallah*, en el que todas las instancias inglesas han rechazado la ejecución de un laudo dictado contra el Gobierno de Pakistán, que había utilizado una entidad jurídicamente autónoma —aunque no de hecho— para estructurar un proyecto financiero sin firmar el contrato él mismo, ha quedado claro que los tribunales ingleses prefieren la certidumbre de la solución explícita del contrato a abandonar la estructura contractual en base a nociones de buena fe.[33] Prima entonces, en

---

[28] *Cf. Premium Nafta Products Ltd. (20th Defendant) & Ors vs. Fili Shipping Company Ltd. & Ors* [2007] UKHL 40 ¶ 35.

[29] *Vee Networks Ltd. vs. Econet Wireless International Ltd.* [2004] EWHC 2909 (Comm) ¶ 21-27.

[30] *Cf. Premium Nafta*, *supra* n.° 28, ¶ 19 & 32.

[31] Véase *supra* n.° 19.

[32] *Cf. Peterson Farms*, *supra* n.° 19 ¶ 63-68.

[33] *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company va. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46 ¶ 43, 65, 66.

caso de duda, el principio de *privity of contract* (relatividad del contrato); extensiones de la competencia arbitral a terceros sólo son posible en casos excepcionales, siempre respetando las condiciones de la construcción jurídica invocada.

En ausencia de una de las excepciones al principio de la relatividad de los contratos, sólo un nuevo acuerdo puede incluir una tercera parte en el ámbito de un convenio arbitral, tal como lo clarifica indirectamente la s. 35(2) AA sobre la consolidación de procedimientos independientes.

4. *Competence-Competence*

Conjuntamente con el principio de separabilidad, el Derecho inglés también reconoce explícitamente en la s. 30(1) AA el principio de que los árbitros tienen competencia para determinar su propia competencia, esto es, decidir si existe un válido convenio arbitral, si el tribunal ha sido constituido correctamente y qué materias quedan sometidas al arbitraje conforme al convenio arbitral. Así, la dimensión positiva del principio de *competence-competence* es reconocida plenamente por el Derecho inglés, en el sentido de que los árbitros pueden y deben decir sobre estas cuestiones.

La situación es más compleja respecto a la dimensión negativa, esto es, el deber de los tribunales estatales de abstenerse de pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral hasta que el tribunal arbitral lo haya hecho. Según la s. 72(1) AA, una parte que estima que un convenio arbitral no existe o es inválido, o que el convenio no cubre la controversia, puede, en cualquier momento, pedir a los tribunales ingleses que declaren tal falta de competencia de los árbitros, siempre que el arbitraje tenga su sede en Inglaterra.[34] Sin embargo, la s. 72(1), que en su párrafo (2) recuerda que siempre subsiste la posibilidad de atacar más tarde el laudo resultante por falta de competencia, ha sido interpretada de manera restrictiva por jueces ingleses, limitando su aplicación a casos en los que *prima facie* no hay un convenio arbitral válido, así dando prioridad a los árbitros para decidir sobre su propia competencia bajo la s. 30 AA.[35] Igualmente, los jueces ingleses aceptan que su discreción general, según la s. 37 de la *Supreme Court Act*, de decretar medidas para impedir la procedencia de procedimientos arbitrales en el extranjero (*anti-arbitration injunctions*), en caso de que no haya convenio arbitral, debe ser ejercida con gran cautela cuando la ley extranjera rigiendo el procedimiento arbitral (*lex arbitri*) o las reglas institucionales aplicables recono-

[34] Ello resulta de la s. 2(1) AA, *cf. Youell & Ors vs. La Reunion Aerienne & Ors* [2009] EWCA Civ 175 ¶ 42.

[35] *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors vs. Yuri Privalov & Ors* [2007] EWCA Civ 20 ¶ 33-35, confirmado (pero, solamente en base a la separabilidad del convenio arbitral) en *Premium Nafta*, *supra* n°. 28.

cen el poder de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.[36] Claramente, jueces ingleses pueden verificar la existencia, validez y ámbito del convenio arbitral, tal como lo clarifica la s. 9(4) AA, que —reiterando art. II(3) CNY— obliga al juez inglés a suspender procedimientos iniciados en supuesta violación de un convenio arbitral, «a no ser que esté satisfecho de que el convenio arbitral es nulo o inválido, inoperativo o incapaz de ser aplicado».[37] Sin embargo, la misma formulación sugiere que el tribunal estatal debe privar a los árbitros de la posibilidad de decidir ellos mismos sobre su competencia únicamente si hay dudas *prima facie*, pero no en presencia de una posibilidad razonable de que exista un convenio arbitral.[38] Puede afirmarse así, que hay una tendencia en la jurisprudencia inglesa de aceptar una forma blanda del efecto negativo del principio de c*ompetence-competence*, cuya aplicación depende primeramente de las circunstancias específicas de cada caso.

El derecho de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, así como la manifiesta voluntad de los tribunales ingleses de dejarles ejercer esta competencia cuando se enfrenten a dudas al respecto, sin embargo, no implica que la aceptación de los árbitros de su competencia pueda vincular a las partes o los jueces. La decisión arbitral sobre competencia no es susceptible de reconocimiento según la Convención de Nueva York o las reglas inglesas sobre reconocimiento y ejecución de laudos, esto es, tiene un grado de revisión judicial muy limitado (art. III.G.1 & IV.1&2).[39] Al contrario, la contestación de la competencia de los árbitros en tribunales ingleses permite un pleno reexamen de la cuestión de hecho y de derecho, tanto en procedimientos de impugnación conforme a la s. 67(1) AA,[40] como también en procedimientos de ejecución según la s. 66(3) AA[41] para decisiones arbitrales no cubiertas

---

36 *Weissfisch vs. Julius*, [2006] EWCA Civ 218 ¶ 24-25, 33; *Albon (t/a NA Carriage Co) vs. Naza Motor Trading SDN BHD* [2007] EWCA Civ 1124 ¶ 3.

37 *Dallah*, supra n.° 33, ¶ 97 (obiter); *Birse Construction Ltd. vs. St David Ltd.* [1999] EWHC Technology 253 ¶ 4; *Ahmad Al-Naimi (t/a Buildmaster Construction Services) vs. Islamic Press Agency Inc.* [2000] EWCA Civ 17 ¶ 4.

38 *Albon*, *supra* n.° 36, ¶ 16-17 (afirmando tales dudas); *Noble Denton Middle East & Anor vs. Noble Denton International Ltd* [2010] EWHC 2574 (Comm) ¶ 5-12 (la cuestión de validez surgió cuando la otra parte pidió al amparo de la s. 18 AA la nominación de un árbitro por el tribunal inglés en ausencia de nominación por la parte recalcitrante); véase también *Vale Do Rio Doce Navegação SA & Anor v Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd.* [2000] EWHC 205 (Comm) ¶ 43-60 (declaratoria de existencia de un convenio arbitral negado por falta de interés legítimo); *J T Mackley & Company Ltd. vs. Gosport Marina* Ltd. [2002] EWHC 1315 (TCC) ¶ 31.

39 *Dallah*, *supra* n.° 33 ¶ 22.

40 *Gulf Azov Shipping Co. vs. Baltic Shipping Co. (n.° 1)* [1999] 1 Lloyd's Rep 68, 70; *Peterson Farms Inc. vs. C&M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 (Comm) ¶ 19-20; véase también *A vs. B* [2010] EWHC 3302 (Comm) ¶ 31.

41 *Sovarex S.A. vs. Romero Alvarez S.A.* [2011] EWHC 1661 (Comm) ¶ 37-48.

por la Convención de Nueva York y la s. 103(2)(b) para decisiones cubiertas por ella, tal como lo ha confirmado la Corte Suprema en el caso *Dallah*.[42]

B. El tribunal arbitral

1. Composición del tribunal arbitral

De conformidad con el principio general de la s. 1 AA en virtud del cual «las partes son libres de acordar cómo su controversia debe ser resuelta, sujetas sólo a aquellas reservas necesarias para el interés público» [traducción del autor], las partes también tienen plena libertad para determinar la composición del tribunal arbitral, en particular, respecto al número de árbitros y su cualificación, como lo clarifican ss. 15(1) y 19 AA. Una reciente duda sobre la posibilidad de requerir por acuerdo común que los árbitros deban pertenecer a un cierto grupo étnico o religioso ha sido disipada por la Corte Suprema en el caso *Jivraj vs. Hashwani*, en el cual confirmó que los árbitros no son empleados de las partes y, por tanto, no están regidos por las interdicciones de discriminación del Derecho Laboral.[43] En ausencia de acuerdo específico de las partes, la composición del tribunal arbitral será determinada por la reglas de arbitraje que las partes, en su caso, hayan elegido. En un arbitraje puramente *ad-hoc*, regido solamente por la *Arbitration Act,* la controversia será resuelta por un árbitro único, según la s. 15(3) AA.

2. Constitución del tribunal arbitral

Las partes tienen, igualmente, plena libertad de acordar el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral, tanto para definir el momento exacto de la iniciación del procedimiento arbitral, lo cual es de suma importancia para la interrupción de plazos de prescripción, regulada en la s. 13 AA, como para la propia constitución física del tribunal, que permite el comienzo del procedimiento arbitral. Respecto a la iniciación a efectos de prescripción, en ausencia de acuerdo, la s. 14(4) y(5) AA prevé que el momento decisivo es cuando una parte, en un arbitraje *ad-hoc*, notifica a la otra parte por escrito la solicitud de nombrar a un árbitro o de acordar el nombramiento de un árbitro único, o, si se ha previsto el nombramiento por una institución, cuando una parte notifica su requerimiento del nombramiento para los fines de la controversia en cuestión.

Respecto a la constitución física, en ausencia de acuerdo (lo que es raro en vista de la frecuencia con la que partes optan por arbitraje institucional o por lo menos por la aplicación de las reglas CNUDCI), la s. 15 prevé que las partes tienen 28 días para

---

42 *Dallah*, *supra* n.° 33, ¶ 27-31.

43 *Jivraj vs. Hashwani* [2011] UKSC 40 ¶ 45, 61.

acordar el árbitro único o, respectivamente, 14 días para su respectivo nombramiento de un árbitro, para que los dos puedan luego alcanzar un acuerdo respecto al presidente del tribunal.[44] Si nada se ha acordado para la eventualidad de que una parte se niegue a hacer su nombramiento, la ley inglesa es bastante drástica al permitir a la otra parte notificar a la parte recalcitrante que propone que el árbitro nombrado por ella proceda como árbitro único. Si la parte recalcitrante procede al nombramiento del segundo árbitro y notifica tal nombramiento a la otra dentro de siete días, la otra puede pedir a su árbitro que proceda con el arbitraje y que emita un laudo plenamente vinculante para la parte recalcitrante. Sin embargo, la parte recalcitrante, al recibir notificación de la solicitud de la otra parte para que el arbitraje prosiga con un árbitro único, puede pedir a los tribunales ordinarios la anulación del nombramiento del árbitro único. En este caso particular, así como en todos los otros casos relativos a problemas de constitución del tribunal arbitral, la s. 18 AA da plenos poderes a los tribunales ingleses para realizar los nombramientos necesarios, incluyendo la posibilidad de revocar nombramientos ya hechos, siempre respetando los acuerdos existentes entre las partes, en particular, sobre las cualificaciones de los árbitros, como lo reitera la s. 19 AA.

3. Independencia e imparcialidad de los árbitros

Contrario a la Ley Modelo de la CNUDMI (art. 12), la *Arbitration Act* no utiliza el concepto de «independencia». Únicamente la noción de «imparcialidad» es decisiva al amparo de ss. 24(1)(a) y 33(1)(a) AA. El argumento tradicional es que un cierto grado de dependencia no necesariamente implica falta de imparcialidad, ya que sólo este último elemento es efectivamente problemático. La motivación subyacente es que en el Reino Unido, los abogados habilitados a pleitear (*barristers*) son jurídicamente autónomos, pero se organizan en comunidades de bufetes (*chambers*) para compartir los servicios de secretaría. No se ha considerado como, en sí, problemático que una parte sea representada por un *barrister* que sea miembro de la misma *chambers* que uno de los miembros del tribunal arbitral o, inclusive, de un tribunal ordinario (como suplente)[45] —aunque puede dudarse de que esta posición sea aceptable en un ámbito internacional con partes no acostumbradas a las peculiaridades británicas—.[46]

---

[44] La ley también contiene reglas para soluciones de dos árbitros o dos árbitros luego sustituidos, en caso de desacuerdo, por un *umpire*, un árbitro único, para acomodar ciertas costumbres inglesas en las áreas específicas de los mercados de materias primas y de transporte marítimo. Sin embargo, estas antiguas costumbres ya no parecen ser de gran relevancia; *cf.* Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 174.

[45] *Laker Airways Inc. vs. FLS Aerospace Ltd* [1999] 2 Lloyd's Rep 45 (QB). La evolución de las prácticas de las *chambers* puede, sin embargo, llevar a una revisión de esta posición; véase *Smith vs. Kvaerner Cementation Foundations Ltd. & Anor* [2006] EWCA Civ 242 ¶ 17.

[46] Véase CIADI ARB/05/24, *Hrvatska Elektroprivreda vs. The Republic of Slovenia*, Order concerning the participation of a counsel (6 May 2008) ¶ 31 (en cuyo caso el abogado —uno

El criterio decisivo es si «un observador razonable e informado, al haber considerado los hechos, concluiría que hubo una concreta posibilidad de que el [árbitro] fuera parcial».[47] Por tanto, es la apariencia de falta de imparcialidad, fundada en elementos objetivos, lo que obligará a un árbitro a resignar, bajo pena de verse apartado del tribunal (*infra*) o de que el posterior laudo sea anulado en virtud de la s. 68(2) (a) AA. Puede presumirse que los tribunales ingleses sean más relajados —y, en consecuencia, también los árbitros a la hora de revelar potenciales conflictos de intereses antes de su nombramiento— en este respecto, que sus homólogos estadounidenses o de otros países con tradiciones más estrictas. Sin embargo, los jueces ingleses parecen tener la tendencia de aceptar las «Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional» como puntos de referencia.[48]

4. Recusación de un árbitro

El principio rector de la s. 23 AA es que el poder de un árbitro puede, en cualquier momento, ser revocado por común acuerdo escrito de las partes o por una decisión de la institución autorizada por las partes para tales fines, lo que garantiza la efectividad de los procedimientos de recusación previstos en las reglas arbitrales institucionales. Sin embargo, esta libertad de las partes opera sin perjuicio de los poderes discrecionales de los tribunales ingleses de revocar un nombramiento según la s. 18 AA o de apartar a un árbitro en los casos determinados por la ley, aunque los jueces sólo procederán a tal intervención si todos los mecanismos contractuales e institucionales han sido agotados sin éxito, tal como lo clarifica la s. 24(2) AA.

Cualquier recusación puede canalizarse a través de la resignación del árbitro que acepta la recusa, en cuyo caso el árbitro puede pedirle a los tribunales ingleses que fijen sus derechos y responsabilidades conforme a la s. 25 AA. En caso de que el árbitro recusado se niegue a resignar, se deriva de ss. 30(1)(b) y 73(1)(b) AA que la parte recusante primeramente tiene que pedir al propio tribunal arbitral —si ya fue constituido— que decida sobre la recusación; de lo contrario, la parte pierde el derecho de cuestionar la autoridad del árbitro.[49]

---

de muchos— y no el árbitro, ambos miembros de la misma *chambers*, tuvo que retirarse). Sin embargo, la posición inglesa ha sido aceptada, por ejemplo, en Francia por la Corte de Apelación de París, 28 de junio de 1991, *KFTCIC vs. Icori Estero Revue de l'Arbitrage* 1992/4, 568-571. Véase también en Inglaterra *ASM Shipping Ltd of India vs. TTMI Ltd. of England* [2005] EWHC 2238 (Comm) ¶ 39(2), en el que se rechazó el argumento de que el hecho de que una parte sea extranjera debería cambiar la perspectiva.

47 *Porter vs. Magill* [2001] UKHL 67 ¶ 103.

48 Véase, por ejemplo, *A & Ors vs. B & Anor* [2011] EWHC 2345 (Comm) ¶ 73-77; *ASM Shipping Ltd. of India vs. TTMI Ltd of England* [2005] EWHC 2238 (Comm) ¶ 39(4).

49 *Cf. Rustal Trading Ltd. vs. Gill & Duffus S.A.* [2000] 1 Lloyd's Rep 14.

Sin embargo, si la recusación debidamente presentada ha sido rechazada por el tribunal o si el tribunal aún no ha sido constituido, la parte recusante puede solicitar a los tribunales ordinarios, según la s. 24 AA, que remueva el árbitro recusado si (a) las circunstancias dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad; (b) no posee las cualificaciones requeridas en el convenio arbitral; (c) es —o si hay dudas justificadas de que sea— físicamente o mentalmente incapaz de gestionar los procedimientos; o (d) rehusó o falló en gestionar correctamente los procedimientos o no se ha aplicado diligentemente en la gestión del procedimiento o en la elaboración de un laudo (tal como lo debe hacer según la s. 30(1)(b) AA) y que ello haya causado o pueda causar una injusticia significante a la parte solicitante.

C. El procedimiento arbitral

1. Principio de la autonomía y ley aplicable al procedimiento arbitral

Las partes tienen plena autonomía para determinar el procedimiento con el que el tribunal arbitral debe conducir el arbitraje, tal como lo clarifica la s. 34(1) AA. Típicamente, tal determinación del procedimiento arbitral consiste en la incorporación en el convenio arbitral de las reglas de una institución arbitral u otras reglas arbitrales como las de la CNUDMI. La s. 68(2)(c) AA subraya la autonomía de las partes al prescribir que la falta de los árbitros de respetar el procedimiento acordado por las partes es una causa de impugnación del laudo. Sin embargo, el pragmatismo inglés quiere, según la s. 68(2) AA, que sólo aquellas violaciones que efectivamente hayan causado o que causarán una «injusticia sustancial» a una parte podrán permitir una impugnación del laudo, lo que fortifica la posición de los árbitros considerablemente.

La amplia autonomía de las partes implica también que, en ausencia de acuerdo de las partes, al optar por arbitraje en Inglaterra, las partes dan a los árbitros plenos poderes para determinar todas las cuestiones de procedimiento y prueba. Ambos, los árbitros y las partes, sólo tienen que respetar el principio de igualdad e imparcialidad, así como el principio de celeridad, conforme lo dicta la s. 33(1) AA, norma imperativa por virtud de la s. 4 AA y su anexo I.

Ello no es diferente desde un punto de vista internacional. Las disposiciones de la *Arbitration Act* sobre el procedimiento arbitral, se aplican siempre que un arbitraje tenga su sede en Inglaterra conforme a la s. 2(1) AA. La gran parte de estas normas son dispositivas; pero algunas son imperativas, tal como lo clarifica la s. 4 AA, que reenvía al anexo I de la ley. En consecuencia, la ley aplicable al procedimiento arbitral es siempre la inglesa; la elección de una ley procesal extranjera como *lex arbitri* es, en teoría, posible sólo como una elección material, pero no conflictual, esto es, siempre sometida a las normas imperativas de la *Arbitration Act* (como si fuese una simple

incorporación del derecho extranjero como parte del contrato). Todo ello no impide, evidentemente, que las partes elijan reglas institucionales para regir el procedimiento arbitral, ya que éstas sólo tienen rango de disposiciones contractuales y, por ello, son plenamente sometidas a las normas imperativas de la *Arbitration Act*. Desde un punto de vista pragmático, inclusive la decisión de un tribunal arbitral en Inglaterra de aplicar una ley procesal extranjera al procedimiento arbitral causará problemas solamente en casos extremos, ya que sólo aquellos vicios que efectivamente hayan causado o que causarán una «injusticia sustancial» a una parte podrán permitir una impugnación por «seria irregularidad».

2. Igualdad de partes y derecho de ser oído

Efectivamente, las únicas normas imperativas inglesas relativas al procedimiento arbitral (excluyendo los poderes de intervención de los tribunales estatales) son las que definen los deberes de los árbitros y de las partes.[50] Efectivamente, según la s. 33(1) AA, los árbitros tienen que «actuar de manera justa e imparcial, dando a ambas partes una oportunidad razonable para presentar su caso y responder al presentado por su oponente». A su vez, esta disposición tiene que ser vista en conjunción con la s. 34(1) AA, que otorga amplia discreción a los árbitros en todo lo que concierne el procedimiento y la prueba. La ley no impone una conducta estrictamente y meramente contradictoria —muchas veces practicada como consecuencia de la falta de preparación, en el sentido de que los árbitros, invocando su deber de neutralidad, no acaban de preparar el caso y escuchan los hechos y argumentos por la primera vez en la audiencia— pero los árbitros pueden, conforme a la s. 34(2)(e) y (g) AA, *ex oficio* plantear nuevos aspectos e, inclusive, averiguar ellos mismos los hechos y la ley, sin que ello implique una falta de imparcialidad. El único límite de este ejercicio es la obligación de dar a las partes la oportunidad de dar a conocer su respectivo punto de vista,[51] tal como lo clarifica explícitamente la s. 37(2) AA también para las informaciones obtenidas de expertos.

3. Pruebas

Como con el procedimiento, los árbitros tienen plena libertad en todo lo que concierne a la prueba. La s. 34(2)(d),(f) y (h) AA establece que el tribunal arbitral puede decidir qué documentos tienen que ser producidos por las partes y cuándo, qué reglas de prueba se han de aplicar para la admisibilidad, relevancia o importancia de

---

[50] Otra norma imperativa en el capítulo de procedimiento arbitral es la s. 37(2) AA, que clarifica que los costos incurridos por las árbitros para expertos nombrados por el tribunal son gastos que los árbitros pueden recuperar de las partes conforme a la s. 28 AA.

[51] *Zermalt Holdings S.A. vs. Nu Life Upholstery Repairs Ltd* [1985] 2 EGLR 14, 15; *Vee Networks Ltd. vs. Econet Wireless International Ltd.* [2004] EWHC 2909 (Comm) ¶ 83, 90.

cualquier materia, y en qué medida prefiere que la presentación de pruebas sea oral o escrita. En ausencia de acuerdo explícito, el tribunal tiene el poder de disponer de cualquier objeto litigioso o relacionado con el litigio y que está en el poder de una de las partes para fines de pruebas, de ordenar que una parte o a un testigo haga su deposición bajo juramento, estando habilitado para administrar el juramento él mismo, y dar órdenes para la conservación de pruebas en el poder de las partes, según la s. 38(4),(5) y (6) AA. En caso de que una parte no colabore o se niegue, el tribunal puede emitir una orden perentoria con un último plazo para cumplir, cuyo vencimiento permitirá obtener una orden judicial de un tribunal inglés, que dispone de medidas bastante drásticas para obedecerla en caso de desprecio del tribunal (*contempt of court*), variando desde penalidades hasta encarcelamiento.[52] Igualmente, los tribunales ingleses también pueden, conforme a ss. 43 y 44 AA, hacer comparecer a testigos (inclusive con sus documentos) en Inglaterra o tomar sus deposiciones u otras medidas para asegurar pruebas, inclusive si la sede del arbitraje es al extranjero (s. 2(3) AA). Como alternativa al apoyo judicial, los árbitros tienen plena discreción para sancionar la falta de colaboración por una parte con inferencias adversas a esa parte, es decir, presumir, para los fines de decidir la controversia, que la información negada es adversa a la posición de la parte recalcitrante, según la s. 41(7)(b) AA.[53]

4. El principio de la confidencialidad

Una peculiaridad del Derecho Inglés del Arbitraje es que, aunque la *Arbitration Act* guarda silencio sobre el tema, es generalmente aceptado por la jurisprudencia inglesa —bajo la influencia de las reglas sobre la relación entre bancos y sus clientes—[54] que al aceptar el convenio arbitral, las partes también aceptan la obligación implícita, que derivaría de la naturaleza misma del arbitraje, de guardar la confidencialidad de la existencia de la controversia y del procedimiento arbitral, así como de todos los documentos producidos para el arbitraje,[55] incluyendo las transcripciones o notas sobre pruebas y los detalles de las declaraciones de testigos y de expertos, y también del propio laudo.[56] También de los testigos, los expertos y cualquier otra tercera persona

---

52 RSC Order 45 Rule 5.

53 La decisión de no producir inferencias adversas es parte de la decisión sobre el fondo y, por ello, excluido del control por los tribunales ingleses: *Double K. Oil Products 1996 Ltd. vs. Neste Oil Oyj* [2009] EWHC 3380 (Comm) ¶ 49(4).

54 Cf. *Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd.* [2008] EWCA Civ 184 ¶ 88-90 y 94-101, en referencia a *Tournier vs. National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 KB 461 (CA).

55 Véase también CPR 31.22 para el proceso civil ordinario, que parece haber influenciado el derecho del arbitraje en este punto.

56 *Dolling-Baker vs. Merrett* [1990] 1 WLR 1205 (CA); *Hassneh Insurance Co. of Israel vs. Mew* [1993] 1 Lloyd's Rep 243; *Ali Shipping vs. Shipyard Trogir* [1998] 2 All ER 136. Para crítica contra la confidencialidad del laudo véase *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd. vs. European Reinsurance Co. of Zurich* [2000] UKPC 11 ¶ 20.

que participa en el arbitraje, lo que incluye, sobre todo, a los propios árbitros, quienes tienen la obligación de guardar la confidencialidad. Disputas sobre el alcance del principio de confidencialidad son, en sí, susceptibles de ser resueltas por los árbitros, pero la parte interesada también puede pedir la asistencia de los tribunales ordinarios para dar eficacia a la obligación de confidencialidad.[57]

Sin embargo, se han desarrollado excepciones a la regla de confidencialidad (también fundadas en las reglas bancarias). La excepción obvia es que las partes se pongan de acuerdo.[58] También todas las acciones judiciales permitidas a las partes con relación al arbitraje, sobre todo los recursos y los procedimientos de ejecución, pero también otras medidas en ayuda del arbitraje como las *anti-suit injunctions*, permiten la revelación de los detalles del arbitraje en la medida en que fuese necesario.[59] Igualmente, no puede prevalecer la confidencialidad cuando una parte tiene la obligación legal de revelar ciertos detalles sobre litigios,[60] tal como empresas cotizadas en algunas bolsas, o si hay otras razones de buena administración de justicia, en cuyos casos se puede pedir una declaración en tal sentido de los tribunales estatales.[61] Finalmente, la confidencialidad tampoco prima si la revelación es necesaria para que una parte pueda proteger sus intereses legítimos en otros litigios o arbitrajes.[62]

También el Reglamento de la LCIA reconoce estos principios de confidencialidad y los reproduce en su art. 30.

D. Medidas cautelares

Las medidas cautelares relacionadas con la prueba ya han sido tratadas en el párrafo anterior. Otras medidas cautelares que anticipan, de manera provisional, las medidas finales que podrá dictar el tribunal, tal como, en particular, una orden provisional de pagar una suma de dinero o de transferir la posesión de objetos entre las partes o a las manos de tribunal, solamente pueden ser dictadas por árbitros si las partes los han autorizado para ello, tal como lo estipula la s. 39(4) AA. Aunque tal autorización se encontrará muy raramente en un convenio arbitral, sí es más probable que sea otorgada en un acta de misión propuesta por los árbitros o, sistemáticamente, en reglas de instituciones arbitrales, tales como las contenidas en el art. 25 LCIA Rules (1998) o art. 28 ICC Rules (2012).

---

57 Como en los casos citados *supra* n.° 56.
58 *Emmot*, *supra* n.° 54, ¶ 102.
59 *Ibid*, ¶ 104.
60 *Ibid*, ¶ 94-95.
61 *Ibid*, ¶ 96-100.
62 *Ibid*, ¶ 101.

En todos estos casos, los tribunales ingleses ejercerán su jurisdicción de dictar medidas cautelares en la presencia de un convenio arbitral solamente a título subsidiario, según las condiciones de la s. 44(5) y (6) AA: medidas cautelares judiciales serán decretadas únicamente si los árbitros no están habilitados para dictar la medida solicitada o no pueden dictarla en tiempo o de manera suficientemente eficaz y, de todos modos, la medida judicial cesará de tener efecto desde que los árbitros dispongan sobre la cuestión.

No está claro si las partes también pueden habilitar a los árbitros para dictar *freezing orders* o *Mareva injunctions*, esto es, órdenes que limitan directamente el derecho de una parte con efectos *erga omnes*.[63] Sin embargo, no cabe duda de que los árbitros pueden dictar órdenes *in personam* de abstenerse de disponer de ciertas cuentas u objetos,[64] a las cuales tribunales estatales luego pueden dar plena eficacia conforme a la s. 42 AA.

Es también en el contexto del procedimiento auxiliar de ejecución de la s. 42 AA donde la parte resistiendo a una orden del tribunal arbitral podrá argumentar su invalidez frente a un tribunal inglés. Resulta de la s. 2(3) AA que tribunales ingleses también podrán apoyar medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral con sede en el extranjero en la medida en que sea necesario darles efecto en Inglaterra.

E. Derecho aplicable al fondo del asunto

1. Elección del derecho aplicable por las partes

La autonomía de la voluntad de las partes está consagrada en la s. 46(1) AA: (a) los árbitros deben decidir la controversia conforme el derecho elegido por las partes como aplicable al fondo de la controversia;[65] alternativamente, (b) las partes también pueden pactar que el tribunal arbitral decida conforme a «tales otras consideraciones acordadas por ellas o determinadas por el tribunal arbitral». Esta última formulación, innovadora en 1996 en vista de las dudas preexistentes al respecto,[66] es la clarificación de que el tribunal puede decidir *ex aequo et bono* o como «amigable compositor» si las partes así lo autorizan,[67] o en base de cualquier otras normas de derecho transnacio-

---

63 Para la discusión véase *Kastner vs. Jason & Ors* [2004] EWCA Civ 1599 ¶ 16-18 (con referencias a las diferentes posiciones); con buenos argumentos contra tales poderes véase Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 315 y 330.

64 *Cf. Kastner*, *supra* n.° 63, ¶ 20 (autorización derivada de la elección de derecho judío por las partes que parece permitir tales medidas).

65 Nótese que la s. 46(2) AA excluye el reenvío al derecho de otro país distinto de aquél elegido por las partes.

66 *Cf. Musawi vs. RE International (UK) Ltd. & Ors* [2007] EWHC 2981 (Ch) ¶ 19.

67 Como, por ejemplo, en *Weissfisch*, *supra* n. 36, ¶ 7.

nales que no sean leyes sancionadas por un legislador,[68] tal como, en particular, los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales,[69] o derechos religiosos como, con alguna frecuencia, derecho judío en tribunales rabínicos («Beth Din»)[70] o derecho islámico,[71] o las leyes de grupos étnicos.[72]

Al incorporar reglas institucionales en su convenio arbitral, las partes típicamente otorgan al tribunal el poder de elección de las normas aplicables a los méritos si no han estipulado ellas mismas la ley aplicable, tal como demuestran los art. 22(3) LCIA Rules (1998) y art. 21(1) ICC Rules (2012).[73] Ambas disposiciones, aunque excluyen que los árbitros decidan *ex aequo et bono* sin que las partes los autoricen,[74] prevén que los árbitros pueden directamente determinar las *normas de derecho* —en contraste con derecho—, lo que quiere decir en base de normas que no son propiamente el derecho de un Estado (véase *supra*) —sin que sea muy claro dónde terminan las normas de derecho no-estatales y dónde comienza *ex aequo et bono*—. De todos modos, tal selección de las normas aplicables por los árbitros en base a las reglas institucionales, no es un caso de falta de elección por las partes porque se trata de una delegación de la elección de las normas aplicables, tal como lo prevé la segunda alternativa de la s. 46(1)(b) AA («si las partes así lo acuerdan, tales otras consideraciones … determinadas por el tribunal arbitral»).

2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes

En caso de una verdadera ausencia de elección directa o indirecta por las partes, la s. 46(3) AA prevé, tal y como hace el art. 28(2) de la Ley Modelo CNUDMI, que el

---

68 Para un raro y peculiar ejemplo, aunque en un arbitraje con sede en Bélgica, véase *Channel Tunnel Group Ltd & Anor vs. Balfour Beatty Construction Ltd. & Ors* (1993) AC 334, 347 E: «los principios comunes al derecho inglés y francés, y en ausencia de tales principios comunes… los principios generales del derecho del comercio internacional tal y como aplicado por tribunales nacionales e internacionales».

69 *Cf. Musawi*, *supra* n.° 66, ¶ 22 (*obiter*). Para los principios UNIDROIT en general, véase VOGENAUER, S. & J. KLEINHEISTERKAMP. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (OUP 2009).

70 Véase, por ejemplo, *Soleimany*, *supra* n.° 24; *Kastner*, *supra* n.° 63; *Halpern*, *supra* n.° 15.

71 Véase, por ejemplo, *Sanghi Polyester Ltd. vs. The International Investor (KCFC)* [2000] 1 Lloyd's Rep 480 (elección del Derecho inglés, pero sólo en la medida en que sea compatible con el Derecho islámico).

72 En el caso *Jivraj*, *supra* n.° 43, sin embargo, aunque sometido a árbitros de la comunidad de Ismailía, el contrato estaba regido por Derecho inglés; véase ¶ 2.

73 En contraste, el art. 35(1) de las Reglas CNUDMI sólo permite a los árbitros aplicar la *ley* apropiada, lo que excluye normas no-estatales.

74 Art. 22(4) LCIA Rules; art. 21(3) ICC Rules.

tribunal arbitral debe aplicar la *ley* determinada por la normas de conflicto de leyes que estime aplicables. Como lo han notado también los tribunales ingleses,[75] la operación de normas de conflicto de leyes inevitablemente lleva a la aplicación de la ley de uno o varios estados, lo que excluye que los árbitros, sin autorización directa por las partes o indirecta por reglas de arbitraje elegidas por las partes, puedan solucionar el caso en base de normas que no sean leyes de algún Estado. La disposición de la s. 46(3) AA es, en sí misma, la norma de conflicto de leyes relevante para la determinación del derecho aplicable, lo que implica que los árbitros de un tribunal con sede en Inglaterra no están obligados a aplicar ni el *common law* de conflicto de leyes ni el Reglamento europeo n.° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), pero «las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables» —lo que, en la práctica, frecuentemente lleva igual a la aplicación de las normas inglesas o europeas como aquéllas del derecho de la sede—.

3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

Los límites a la libertad de la voluntad de las partes y de los árbitros no son muy claros en el Derecho inglés. Claro es solamente que un laudo que viola el orden público inglés no puede ser ejecutado en Inglaterra art. IV(1)&(2)). Igualmente, un convenio arbitral que, en combinación con una cláusula de elección de un derecho extranjero, lleva a un tribunal arbitral a ignorar leyes de policía inglesas (lo que incluye aquéllas de la Unión Europea) y, así, llegar a un resultado contrario a aquel impuesto por la ley de policía en cuestión, tampoco tendrá eficacia en Inglaterra.[76]

Sin embargo, la *Arbitration Act* no contiene una norma equivalente al art. 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo CNUDMI, que permite la anulación de un laudo por violación del orden público inglés. La s. 68(2)(g) AA menciona el orden público como una razón de impugnación de un laudo emitido en Inglaterra, pero el consenso general parece ser que la s. 68 AA sólo trata de irregularidades procesales y, por tanto, su párrafo (2)(g) no se refiere al orden público material.[77] En consecuencia, la posición inglesa —aunque probablemente más bien por falta de redacción que por intención— parece coincidir con aquélla adoptada por el art. IX(1) de la Convención europea de 1961 (no ratificada por el Reino Unido),[78] que excluye que la anulación

---

[75] *Musawi*, *supra* n.° 66, ¶ 19.

[76] *Accentuate*, *supra* n.° 26.

[77] Mustill & Boyd. *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 81-82 (n.° 2). Para la posibilidad de anular laudos por violación del orden público inglés en base a la s. 23(2) de la *Arbitration Act* 1950, que preveía la anulación por comportamiento erróneo del árbitro y que fue eliminado por la Ley de 1996, véase *David Taylor & Son Ltd. vs. Barnett* [1953] 1 All ER 843.

[78] (1965) 484 UNTS 349.

fundada en el orden público en un país pueda constituir un obstáculo a la ejecución del laudo en otro país, incrementando así la lógica del art. V(2) CNY de que sólo el orden público (internacional) de la *lex fori* es decisivo. Así también, bajo la posición inglesa parece ser que no es necesario anular laudos por violación del orden público, ya que, de todas formas, no van a poder ser ejecutados y tener efecto en Inglaterra y que respecto de otros países, sólo el orden público de ellos será decisivo. Ello corresponde, en cierta medida, con las legislaciones de otros países, tales como, además de Bélgica, Suiza y Francia, también Perú (art. 63.8 Ley de Arbitraje), que permiten a las partes la exclusión del recurso de anulación cuando el contrato subyacente no tiene un vínculo con el país de la sede del arbitraje.

Al respecto de leyes de policía «extranjeras», esto es, otras ajenas al derecho inglés como la *lex contractus,* la posición inglesa es bastante reservada. Por un lado, algunos tribunales ingleses se han negado a ejecutar un laudo cuya finalidad era claramente el fraude a las leyes de policía de un país amistoso, considerando que aquello implica una violación del orden público inglés.[79] Otros, sin embargo, se han negado a impedir (por medio de una *anti-arbitration injunction*) arbitrajes con sede en Inglaterra en materias claramente inarbitrables conforme al derecho extranjero del país en el que los acuerdos subyacentes tienen sus efectos, argumentando que el convenio arbitral —diferente del contrato subyacente— es ejecutado en Inglaterra como sede del arbitraje, no habiendo así necesidad alguna de restringir a los árbitros en su tarea de aplicar la ley elegida por las partes, aunque ésta lleve a un fraude de la ley del país extranjero, ya que el pago de los daños otorgados por el tribunal arbitral podrá ser requerido en cualquier otro país.[80]

Ello implica para los árbitros que no tienen que temer interferencias por los tribunales ingleses al ignorar leyes de policía de un ordenamiento otro que el de la *lex contractus*. En efecto, la disposición de la s. 46(2) AA, según la cual el derecho elegido por las partes se aplica sin tomar en consideración sus normas de conflicto de leyes, parece permitir aún más obturar la controversia contra la influencia de leyes de policía indeseadas, ya que, sin poder hacer operar normas de conflicto de leyes que puedan reconocer la aplicabilidad de leyes de policía extranjeras, es difícil para los árbitros justificar su aplicación contra la original voluntad explícita de las partes, tal como fuera acordada en la cláusula de elección del derecho aplicable. Sin embargo, en ausencia de una cláusula de derecho aplicable, puede suponerse que los árbitros tomarán en cuenta las pretensiones de aplicación de leyes de policía de los ordenamientos jurídicos que tienen un interés legítimo en el resultado material de la controversia,

---

79 *Soleimany*, *supra* n.° 24.

80 *Tamil Nadu Electricity Board vs. St-Cms Electric Company Private Ltd.* [2007] EWHC 1713 (Comm) ¶ 47-50; *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant Llp v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2011] EWCA Civ 647 ¶ 163.

por lo menos, si una de las partes así lo alega. La cuestión de los límites de los árbitros así es, más bien, una cuestión de su deber de escuchar a las partes y de decidir todos los aspectos del caso argumentados por las partes (s. 68(2)(a) y (d) AA).

De manera indirecta, la s. 48(5)(b) AA también parece imponer un límite a la libertad de los árbitros, al disponer que el tribunal arbitral tiene, en ausencia de acuerdo de las partes, *los mismos poderes que un tribunal estatal* para decretar la prestación de la obligación contractual («*specific performance*»), mostrando así que considera la cuestión de las sanciones por incumplimiento del contrato como una cuestión procesal, lo que parece excluirla del ámbito del derecho aplicable al fondo. Ello implicaría que los límites que el derecho inglés impone a la posibilidad de ordenar la prestación de la obligación debida (en particular, el requisito de que los daños pecuniarios no serían adecuados para remediar el incumplimiento)[81] también se aplicarían cuando el contrato está regido por una ley extranjera. Sin embargo, puede dudarse de que los tribunales ingleses acepten una impugnación en base de que los árbitros hayan decido sobre el remedio en base del derecho elegido por las partes y sin tomar en consideración los límites del derecho inglés.[82]

F. El laudo

La ley inglesa no prevé un plazo para dictar un laudo. Si las partes han acordado un plazo, los tribunales ingleses pueden prolongar el plazo, pero únicamente en casos en que la estricta aplicación del plazo fuera obviamente injusta (s. 50(3) AA). Si las partes llegan a una transacción durante el arbitraje, ellas pueden pedir al tribunal que haga constar la transacción en forma de un laudo en los términos convenidos por las partes y que será igualmente ejecutable como un laudo normal (s. 51 AA). Si las partes no han convenido lo contrario, el laudo puede incluir intereses tal como los árbitros lo consideren adecuado (s. 49 AA), así como la condena en costas (incluyendo los honorarios de los abogados) conforme al principio de que las costas siguen el evento, a no ser que haya circunstancias particulares que permitan justificar otra repartición (s. 61). También debe incluir una condena por la remuneración y los gastos de los árbitros; en ausencia de acuerdo particular sobre la materia, la remuneración y los gastos serán, en caso de duda, limitada a lo que es razonable y adecuado por los tribunales ingleses en caso de contestación (s. 64 AA).

Según la s. 52 AA, el laudo debe ser formalizado en forma escrita y contener las motivaciones de la decisión, a no ser que las partes hayan dispensado al tribunal de motivar su decisión. La falta de motivación no autorizada por las partes no parece

---

81 *Co-operative Insurance Society Limited vs- Argyll Stores* [1998] AC 1, 11.

82 Véase, en tal sentido en los EE.UU., *Grayson-Robinson vs. Iris Construction Corp.* 168 N.E.2d 377, 379 (NY 1960).

ser, necesariamente, una razón para impugnar el laudo; en todo caso, los tribunales ingleses pueden reenviar el laudo al tribunal para remediar la falta (ss. 68(2)(h) y (3)(a) AA). Igualmente, la falta de motivación de un laudo extranjero no parece constituir una violación del orden público inglés,[83] por lo menos cuando la *lex loci arbitri* permite la omisión de los motivos (como, por ejemplo, en los EE.UU.).

El laudo dictado en Inglaterra no requiere ningún tipo de registro; la s. 55 AA meramente requiere que el laudo sea notificado a todas las partes por envío de una copia. Con la notificación, el laudo es definitivo y obligatorio (s. 58 AA), a no ser que una parte solicite una rectificación del laudo directamente a los árbitros dentro de los 28 días desde la notificación.

G. Los recursos contra el laudo

Hasta el año 1979, todos los laudos podían ser revisados plenamente por los tribunales ingleses, que podían sustituir la decisión de los árbitros o anular laudos cuando estimaban que manifiestamente contenían errores de hecho o derecho.[84] Hasta 1996, violaciones contra el orden público eran consideradas como faltas de comportamiento de los árbitros, permitiendo así también su anulación.[85] Esta reducción gradual de la interferencia de tribunales estatales en las decisiones arbitrales aún no se encuentra completa con la *Arbitration Act* 1996, que aún conserva, en adición al recurso de impugnación («*challenge*»), el recurso de apelación en ciertos casos.

1. Recurso de impugnación

1.1. Motivos de recurso en anulación

La *Arbitration Act* 1996 distingue entre dos tipos de recursos de impugnación: la s. 67 AA permite atacar un laudo por razones de falta de «competencia material», mientras que la s. 68 permite la impugnación por «irregularidades serias».

La noción de competencia material se refiere a la competencia necesaria para poder dictar un laudo válido y está definida en la s. 82 *in fine* AA, que remite a la s. 30 AA: el tribunal arbitral debe poder contar con un convenio arbitral válido, haber sido constituido regularmente y las materias sometidas a su decisión estar dentro del ámbito del convenio arbitral. La decisión de los árbitros sobre estos tres aspectos queda sometida plenamente al control de tribunales ingleses conforme a la s. 67 AA si una

---

83 En este sentido, MUSTILL & BOYD, *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 336.

84 Véase la s. 21 *Arbitration Act* 1950 y su derogación por la s. 1(1) *Arbitration Act* 1979 y s. 81(2) AA.

85 *Supra* n.° 77. Para la evolución de estos recursos véase in extensor Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) Capítulo 29.

parte impugna el laudo o pide una declaración (con el fin de resistir su ejecución en el extranjero) de que el laudo no tiene efecto por falta de competencia arbitral.[86] La parte que participó en el procedimiento arbitral, pero no formuló las objeciones específicas contra la existencia, validez o ámbito del convenio arbitral o contra la manera en que el tribunal fue constituido, inmediatamente ante el propio tribunal arbitral en la primera ocasión posible (s. 31(2) AA) pierde su derecho de impugnar el laudo resultante, tal como lo clarifican muy explícitamente las ss. 67(1) *in fine* y 73(1) AA.[87] Las dos únicas excepciones a esta norma de preclusión son: la imposibilidad de conocer anteriormente los fundamentos para la impugnación (s. 73(1) AA) y la abstención total de la participación (s. 72(2) AA). Así, la parte se asegura de que si no existe un acuerdo arbitral desde el inicio y, en consecuencia, se negó de participar en el procedimiento arbitral, no es penalizada por no haber dado al tribunal arbitral la posibilidad de pronunciarse sobre su propia competencia y puede impugnar el laudo desde que le es notificado.

La impugnación del laudo por «irregularidad seria» es posible, según la s. 68(2) AA si (a) el tribunal no respetó sus obligaciones generales de imparcialidad y celeridad de la s. 33 AA; (b) el tribunal excede sus poderes (a no ser que sean cuestiones de competencia «material» relacionada al ámbito del convenio arbitral que caen bajo la s. 67 AA); (c) el tribunal no respetó el procedimiento convenido por las partes; (d) el tribunal arbitral no trató puntos sometidos por las partes; (e) si una institución arbitral u otra persona autorizada para administrar el arbitraje excedió sus poderes; (f) el laudo es ambiguo o falto de claridad; (g) el laudo fue obtenido por fraude o si el laudo o la manera en la que fue obtenido es contrario al orden público (solamente procesal, no material);[88] (h) el laudo no cumple con las exigencias formales de la ley.[89]

1.2. Procedimiento

El tribunal competente para conocer de impugnaciones es la *High Court,* en Londres,[90] en particular, la *Commercial Court* (una subdivisión de la *Queen's Bench Division* de la

---

86 *Supra* n.° 40.

87 Véase también *JSC Zestafoni G. Nikoladze Ferroalloy Plant vs. Ronly Holdings Ltd.* [2004] EWHC 245 (Comm) ¶ 64 (necesidad de haber invocado específicamente todos los problemas ante los árbitros que luego se invocan en el procedimiento de impugnación). Para un buen ejemplo, véase *Westland Helicopters Ltd. vs. Al-Hejailan* [2004] EWHC 1625 (Comm) ¶ 54-57 (referencia al expediente del arbitraje en el que consta que el árbitro había preguntado a las partes si tenían objeciones antes de clausurar la audiencia).

88 Véase *supra* n.° 77.

89 La s. 68(2)(i) AA también menciona «cualquier irregularidad en la conducta del procedimiento o en el laudo reconocida por el tribunal arbitral o cualquier institución arbitral u otra...» lo que no parece ser de mucha relevancia en vista de los otros criterios de la s. 68(2) AA.

90 S. 105 AA; CPR Practice Direction 62.3 párrafo 2.1; art. 2 High Court and County Courts (Allocation of Arbitration Proceedings) Order 1996, SI 1996/3215.

High Court) en casos relativos a actividades comerciales.[91] La parte que quiere impugnar el laudo tiene que notificar a la otra parte y al tribunal arbitral (ss. 67(1) y 68(1) AA), lo que implica que se necesita el permiso del tribunal inglés para notificar a la otra parte en el extranjero si fuese el caso.[92]

La impugnación excluida, conforme a la s. 70(2) AA, si la parte hubiera podido, pero no lo intentó, obtener el mismo resultado por medio de una demanda de rectificación directa al tribunal arbitral (s. 57 AA) o, si así lo prevé el convenio arbitral, una segunda instancia arbitral. El plazo para la impugnación es de 28 días contados a partir de la fecha en la cual el laudo fue dictado (*cf.* s. 54 AA: fecha de la última firma) —no de su notificación— o a partir de la fecha de rectificación según la s. 57 AA. En todo caso, la *High Court* puede prolongar ese período (s. 80(5) AA).

2. Recurso de apelación

El recurso de apelación es admisible solamente para «cuestiones de derecho», lo que, según la definición legal de la s. 80(1) AA, significa cuestiones de derecho inglés (de Gales o Irlanda del Norte), esto es, únicamente en casos en que el derecho aplicado a los méritos fue el derecho inglés.[93] La preservación de este recurso atípico para un régimen de derecho de arbitraje moderno se debe al hecho de que el *common law* inglés depende esencialmente de la existencia de casos conocidos, así como al hecho de que al preservar la posibilidad que haya recursos de apelación en cuestiones de derecho inglés permite evitar que la confidencialidad del arbitraje cause una «desertificación» del Derecho Comercial Inglés. Otra razón es la costumbre en varias áreas del comercio especializado de no utilizar juristas como árbitros, pero comerciantes que no necesariamente conocen las finezas del Derecho inglés. En cualquier caso, sólo un error en la determinación del contenido del derecho puede ser objeto de apelación, no la aplicación errónea de los hechos a la norma (correctamente determinada).[94]

El recurso de apelación también es admisible únicamente si las partes no lo han excluido por acuerdo explícito (s. 68(1) AA). Las exigencias para tal acuerdo de exclusión son bastante altas: no es suficiente que el convenio arbitral prevea que el laudo sea definitivo y obligatorio o inclusive «conclusivo».[95] Sin embargo, la fórmula como

---

91 CPR Rule 58.1(k).

92 CPR Rule 6.38.

93 Para la clarificación de que solamente el derecho aplicable al fondo tiene que ser inglés y que no es suficiente con que el derecho extranjero (indio en el caso) sea idéntico, véase *Reliance Industries Ltd & Anor v Enron Oil and Gas India Ltd.* [2002] 1 All ER (Comm) 59 ¶ 27-33.

94 *Benaim (UK) Ltd vs. Davies Middleton & Davies Ltd.* [2005] EWHC 1370 (TCC) ¶ 107.

95 *Essex Country Council vs. Premier Recycling Ltd.* [2006] EWHC 3594 (TCC) ¶ 26; *Shell Egypt West Manzala GmbH & Anor vs. Dana Gas Egypt Ltd.* [2009] EWHC 2097 (Comm) ¶ 39;

en el art. 34(6) de las Reglas de la CCI (2012) o art. 26(9) LCIA Rules («se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente») es suficiente.[96]

A no ser que todas las partes estén de acuerdo con la apelación, el recurso solamente es admitido por la *High Court* si queda convencida, según la s. 68(3) AA, de (a) que la determinación de la cuestión de derecho afectará, de manera significativa, a los derechos de una o varias de las partes; (b) que tratase de una cuestión que las partes han efectivamente presentado anteriormente al tribunal arbitral, eliminado así la posibilidad de introducir nuevas cuestiones de derecho; (c) que la decisión del tribunal arbitral es obviamente errónea, o que la cuestión es de interés público y que la decisión del tribunal arbitral e, por lo menos, bastante dudosa; y (d) que sea apropiado y justo que el tribunal estatal resuelva la cuestión aunque las partes hayan optado explícitamente por la vía del arbitraje. Como se ve, estas restricciones a la admisibilidad del recurso de apelación son considerables y minimizan la posibilidad de interferencia de los jueces en la controversia para proteger el principio de la finalidad del laudo arbitral.

Finalmente, otras barreras al recurso de apelación son, al igual que para el recurso de impugnación, la necesidad de primero agotar todos los remedios arbitrales (rectificación, eventualmente una segunda instancia arbitral sí convenida) y el plazo de 28 días (ss. 68(2) *in fine*, 70(2) y (3) AA).

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

El reconocimiento y la ejecución de cualquier laudo arbitral (extranjero o doméstico) puede ser pedido directamente en los tribunales de instancia inferior de cada condado («*county court*») o en la *High Court* en Londres.[97] El procedimiento de exequátur puede, a la elección del creedor ser *ex parte* o *inaudita altera pars*,[98] pero la decisión sumaria otorgando exequátur es, obviamente, notificada a la otra parte y siempre puede ser impugnado dentro del plazo fijado por el tribunal inglés.[99]

Hay dos principales bases legales para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales: una es la s. 101 AA, que es la disposición que transpone el art. III de la

véase también *Al Hadha Trading Co. vs. Tradigrain SA & Ors* [2002] 2 Lloyd's Rep 512 (QBD).

96 *Sanghi*, *supra* n.º 71.

97 S. 105 AA; art. 2 & 4 High Court and County Courts (Allocation of Arbitration Proceedings) Order 1996, SI 1996/3215.

98 CPR 62.18(1) & (2): el tribunal inglés tiene discreción para ordenar el llamamiento de la otra parte.

99 CPR 62.18(8) & (9).

Convención de Nueva York para todos los laudos que caen bajo la Convención tal como fue ratificada por el Reino Unido; para todos los laudos fuera del ámbito británico de la Convención, en particular todos los laudos dictados en el Reino Unido, la ejecución se rige por la s. 66 AA. El régimen de la Convención es más ventajoso para el acreedor del laudo que la s. 66 AA, aunque ello no le priva de invocar la s. 66 AA para la ejecución si así lo prefiere (s. 104 AA, véase también la s. 2(2)(b) AA).

1. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

Como mencionado inicialmente, el Reino Unido ha ratificado la Convención de Nueva York con la reserva de reciprocidad, lo que implica que el laudo tiene que haber sido dictado «en el territorio de un estado (distinto al Reino Unido) que sea parte de la Convención» (*cf.* s. 100(1) AA, lo que, en vista de las 146 ratificaciones de la Convención, convierte a las ss. 101-103 AA en las principales normas para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en materia comercial. Una peculiaridad resultante de la formulación de la s. 100(1) AA es que los laudos dictados en Escocia, aunque regidos por la autónoma ley escocesa de arbitraje, no son susceptibles de ser reconocidos o ejecutados según la Convención por no haber sido dictados fuera del Reino Unido, siendo así sometidos al régimen interno de la s. 66 AA.

Hay algunas diferencias lingüísticas entre los arts. III-VI NYC y las ss. 101-103 AA, pero sin que ello deba implicar ninguna diferencia de fondo.[100] El requisito del art. II(1) y (2) NYC de que el convenio arbitral en el cual se funda la competencia arbitral para dictar el laudo debe tener la forma escrita se encuentra en la s. 5 AA, que es aplicable para todos los arbitrajes regidos por la *Arbitration Act*, lo que incluye también aquéllos regidos por la Convención (*cf.* s. 100(2) *in fine* AA); igualmente, el requisito del art. II(1) NYC de que la materia sometida al convenio arbitral debe ser arbitrable está cubierto por la s. 81(1)(a) AA, que remite a las reglas del *common law*.[101] En efecto, los tribunales ingleses aceptan que las normas inglesas de transposición deben ser interpretadas en consonancia con la doctrina generalmente aceptada tratando de la Convención.[102]

---

[100] Para los problemas resultantes de divergencias de lenguaje en la transposición de la Convención y, en consecuencia, resultados divergentes, véase en Australia *IMC Aviation Solutions Pty Ltd. vs. Altain Khuder LLC* [2011] VSCA 248 ¶ 49 (llegando a un resultado diferente que *Dallah*, *supra* n.° 33, por las diferencias de formulación de las normas australianas de transposición de la Convención).

[101] Véase *supra* párrafos 6 y 16.

[102] Véase, por ejemplo, las referencias a la obra de VAN DEN BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Interpretation* (1981) en: *Dallah*, *supra* n.° 33 ¶ 102, 124, 126, 127; *Dowans Holding SA & Anor vs. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.* [2011] EWHC 1957 (Comm) ¶ 10; *IPCO (Nigeria) Ltd. vs. Nigerian National Petroleum Corporation* [2008]

En resumen, los laudos extranjeros que caen en el ámbito de la Convención de Nueva York tal como fue ratificada por el Reino Unido gozan de su régimen favorable a la ejecución por la presunción de validez del laudo y la correspondiente inversión de la carga de la prueba respectiva en favor del acreedor, tal y como es bien conocido y no requiere repetición aquí. Merece, sin embargo, mención la variación de que, conforme a la antigua doctrina romana de *consumptio* («*merger*»), puede pedirse la transformación del laudo extranjero en una sentencia inglesa (s. 101(3) AA), lo que servía antiguamente para poder obtener su ejecución en países extranjeros que requerían el doble exequátur (como el Brasil hasta 1996), pero que hoy es de poca utilidad fuera de Inglaterra, ya que la Convención de Nueva York abolió el doble exequátur y la mayoría de los países siguen el principio contrario de que «*exequatur sur exequatur ne vaut pas*». Otro detalle es que no es necesario que el deudor del laudo intente la impugnación en el país extranjero de origen del laudo para preservar el derecho de poder formular objeciones contra la ejecución del laudo en Inglaterra.[103]

2. Ejecución de laudos según el régimen interno

La vía tradicional del *common law* para la ejecución de laudos, tanto domésticos como extranjeros, era la demanda de cumplimiento forzoso de la obligación contractual, incurrida implícitamente al aceptar el convenio arbitral, de cumplir con el laudo resultante.[104] Esta «*action on the award*», una acción contradictoria, pero simplificada ya que no permite rediscutir los méritos, heredada de la *actio ex compromisso* romana,[105] subsiste desde que se introdujeron en 1889 y 1934 las normas sobre la ejecución sumaria del laudo como título ejecutivo y la posibilidad de transformar el laudo en sentencia judicial que hoy recoge la s. 66 AA (véase *infra*).[106] Con la reforma de 1996 se abandonó la restricción antigua que la ejecución sumaria solamente sería admisible en casos «suficientemente claros», lo que hasta 1996 aún reducía una cierta importancia a la *action on the award* como vía ordinaria de ejecución. Desde entonces, la s. 66 AA se convirtió en la norma principal para la ejecución de laudos no cubiertos por la Convención de Nueva York, tal como fue ratificada por el Reino Unido. La relevancia de la *action on the award* se limita así, como lo sugieren las ss.

EWHC 797 ¶ 16; *Gater Assets Ltd. vs. Nak Naftogaz Ukrainiy* [2007] EWCA Civ 988 ¶ 81; *Lesotho Highlands Development Authority vs. Impregilo SpA & Ors* [2005] UKHL 43 ¶ 30; *IPCO (Nigeria) Ltd. vs. Nigerian National Petroleum Corporation* [2005] EWHC 726 (Comm) ¶ 12; *Yukos Oil Company vs. Dardana Ltd*. [2002] EWCA Civ 543 ¶ 8.

103 *Svenska Petroleum Exploration AB vs. Lithuania & Anor* [2006] EWCA Civ 1529 ¶ 104; *Dallah*, *supra* n.° 33, ¶ 98.

104 Véase Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration* (2.ª Ed., 1989) 417-418.

105 Para estos orígenes véase Zimmermann, R. *Law of Obligations* (1992) 528.

106 *Cf*. ss. 66(4) y 81(1)(b) AA

81(1)(b) y 66(4) AA, a la ejecución de laudos fundados en un convenio arbitral oral y a los casos en que la s. 66 AA no puede ser aplicada (véase *infra*).

El régimen interno de la s. 66 AA clarifica que un laudo «puede» ser ejecutado, con el permiso (exequátur) del juez competente, de la misma manera que una sentencia inglesa. Resulta que el otorgamiento de exequátur por el juez no es obligatorio (como en la s. 101 AA / art. III NYC [en su versión inglesa]: «debe»), pero queda a la discreción del juez. Únicamente si las dudas sobre la validez del laudo son tales que no pueden ser clarificadas sin un pleno procedimiento contradictorio,[107] el juez rechazará la aplicación de la s. 66 AA y podrá reinterpretar la solicitud de ejecución como demanda para el procedimiento más amplio de la «*action on the award*».[108]

El permiso no debe ser concedido (o debe ser anulado en caso de impugnación de la otorgación *ex parte*) si la parte opuesta prueba que el tribunal arbitral no tenía la competencia para dictar el laudo, esto es, que no había convenio arbitral válido o que el ámbito del convenio no cubrió la controversia. Sin embargo, para la s. 73(1)(a) y (2)(b) AA tal prueba no es admisible si el deudor no formuló tales objeciones contra la competencia de los árbitros ya en el procedimiento arbitral y, si negadas por los árbitros en ejercicio de su facultad de decir sobre su propia competencia (s. 30 AA), no impugnó el laudo resultante en base de esa falta de competencia. El hecho de que la decisión judicial rechazando tal impugnación tiene efectos de *res iudicata* («*issue estoppel*») también para los procedimientos de ejecución revela que las objeciones contra la ejecución fundadas en la falta de competencia están reservadas a las partes que nunca participaron en el procedimiento conforme a la s. 72 AA y a los deudores de laudos extranjeros, ya que no existe un deber de impugnar el laudo en el extranjero.[109]

Otra objeción posible e importante es mencionada por la s. 81(1)(c) AA: la del orden público, tal como es reconocido en el *common law* anterior a la adopción de la legislación sobre arbitraje.[110] La s. 66 AA no menciona otras objeciones posibles contra la ejecución del laudo, tales como las violaciones del debido proceso o del procedimiento convenido por las partes; sin embargo, ellas serán tomadas en cuenta por el juez a la hora de utilizar la amplia discreción que la norma le concede.

---

[107] *Curação Trading Co. BV vs. Harkisandas & Co.* [1992] 2 Lloyd's Rep 186.

[108] MUSTILL & BOYD, *Commercial Arbitration* (2.ª Ed., 1989) 419; también *Commercial Arbitration – 2001 Companion* (2001) 211.

[109] *Supra* n.° 103.

[110] Véase, aún bajo el régimen anterior, pero idéntico de la s. 26 *Arbitration Act* 1950, *Soleimany*, *supra* n.° 24, 800C.

República Checa

Alexander J. Bělohlávek

Sumario: I. Introducción: descripción histórica del desarrollo del arbitraje internacional en la República Checa.— II. Fuentes del Derecho Internacional de Arbitraje.— 1. Fuentes internas.— 2. Fuentes internacionales.— 3. Función de la legislación de la UE.— III. La elección de la República Checa como sede de arbitraje.— 1. El acuerdo de arbitraje.— 1.1. Validez de un acuerdo de arbitraje.— A. Validez formal.— B. Validez sustantiva y capacidad de arbitraje.— 2. Separabilidad.— 2.1. Ampliación del acuerdo de arbitraje a terceros.— 2.2. Competencia de un tribunal de arbitraje para impartir justicia en su jurisdicción según el acuerdo de arbitraje (principio de *kompetenz-kompetenz*).— 3. El tribunal de arbitraje.— 3.1. Composición del tribunal de arbitraje.— 3.2. Constitución del tribunal de arbitraje.— 3.3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 3.4. Recusación de un árbitro.— 4. El proceso de arbitraje.— 4.1. Legislación que rige el proceso de arbitraje.— 4.2. El derecho a ser escuchado y el derecho a tratamiento igualitario.— 4.3. Recopilación de pruebas.— 5. Medidas provisionales.— 5.1. Jurisdicción para el pronunciamiento de medidas provisionales.— 5.2. Condiciones para ordenar medidas provisionales.— 5.3. Tipos de medidas provisionales.— 5.4. Recusaciones y apelaciones frente a medidas provisionales.— 5.5. Ejecución de medidas provisionales.— A. Ejecución de medidas provisionales dictadas por un tribunal de arbitraje con sede en la República Checa.— B. Ejecución de medidas provisionales relacionadas con arbitraje extranjero.— 6. Legislación que regula los méritos del caso.— 6.1. Elección de legislación por las partes.— 6.2. Determinación del derecho pertinente por parte del tribunal de arbitraje si no existe una opción de las partes.— 6.3. Límite de la libertad de las partes y los árbitros (*legislación normativa*).— 7. El fallo (laudo).— 7.1. Recusación y revisión del fallo.— 7.1.1. Recusación del fallo.— A. Fundamentos para recusar fallos.— B. Procesos.— 7.2. Revisión del fallo.— A. Fundamentos para la revisión.— B. Procesos.— IV. Reconocimiento y ejecución de fallos arbitrales extranjeros.

(**Abreviaturas utilizadas:** Ley: Ley [de la República Checa] n.º 216/1994 Bol., sobre procesos de arbitraje y ejecución de las decisiones de arbitraje/ ECE: Europa Central y del Este. TJE: Tribunal de Justicia Europeo; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. UE: Unión Europea).

I. Introducción: descripción histórica del desarrollo del arbitraje internacional en la República Checa

El arbitraje en la República Checa posee una larga tradición. Desde 1948 hasta 1990, la República Checa y el resto de los países del Comecon[1] tenían la obligación legal de establecer un organismo de arbitraje en sus cámaras de comercio e industria nacionales. Hasta la ruptura del bloque comunista, el Tratado de Moscú era la base del arbitraje obligatorio de litigios entre entidades comerciales de los países del Comecon. Por tanto, el arbitraje estaba reservado exclusivamente a disputas derivadas o relacionadas con el comercio exterior. La ley checa sobre arbitraje (así como otras áreas de la ley checa) guarda una estrecha relación con la ley alemana y austriaca. No obstante, la ley checa tenía (y en algunos aspectos sigue teniéndolo) una fuerte influencia de los 40 años de comunismo, sobre todo en la parte relativa a derechos civiles. Esta parte del derecho sólo comenzó a desarrollarse después de 1989.

La adopción de la nueva Ley de Arbitraje de 1994[2] cambió el concepto de arbitraje establecido en la República Checa permitiendo optar por el arbitraje en litigios internos, incluyendo litigios no relacionados con aspectos empresariales o económicos.

II. Fuentes del Derecho Internacional de Arbitraje

1. Fuentes internas

La base jurídica para los procesos de arbitraje en la República Checa queda establecida en la Ley n.º 216/1994 Bol., sobre procesos de arbitraje y ejecución de las decisiones de arbitraje y sus modificaciones (la «*Ley*»),[3] de aplicación a procesos de arbitraje internos e internacionales. La República Checa no ha adoptado el lenguaje exacto de la *Ley Modelo UNCITRAL*. No obstante, la mayor parte de los reglamentos de arbitraje checos, así como la *Ley* son totalmente compatibles con las normas *de la Ley Modelo UNCITRAL*. La República Checa no es, por consiguiente, un receptor expreso de la Ley

---

1 El Comecon (Consejo de Ayuda Mutua Económica), fundado en 1949, era una organización económica que englobaba a los países del Este y a varios estados comunistas de otras partes del mundo. El Comecon era la respuesta del Bloque del Este a la formación de la Organización para la Cooperación Económica Europea de Europa Occidental. Serbia y Eslovenia, como parte de la antigua Yugoslavia, no eran miembros del Comecon.

2 La Ley n.º 216/1994 Bol., sobre procesos de arbitraje y ejecución de las decisiones de arbitraje. El título original de la Ley es: «*Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*». Fue adoptada el 1 de noviembre de 1994, estando en vigor desde el 1 de enero de 1995.

3 El título original de la Ley es «*Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*». Fue adoptada el 1 de noviembre de 1994, estando en vigor desde el 1 de enero de 1995.

Modelo UNCITRAL, aunque la legislación checa sí es fundamentalmente compatible con ésta. Se pueden encontrar excepciones relacionadas con artículos de la Ley checa de Arbitraje: 8 (2) (imparcialidad), 10 (1) (obligatoriedad de número impar de árbitros), 13 (instituciones arbitrales permanentes que puede establecer exclusivamente una Ley, normativa), 14 (1) (inicio de arbitraje), 17 (sede de arbitraje), 21 (1) (recopilación de pruebas), etc. Los legisladores checos no especifican que la Legislación de Arbitraje (Ley de arbitraje) esté basada en la Ley Modelo UNCITRAL; no obstante, la Ley checa de Arbitraje cumple en muchos aspectos la Ley Modelo (de hecho).

Se está preparando en la actualidad una importante modificación de la Ley de Arbitraje; su objetivo principal es asegurar una mayor protección del consumidor en los procesos de arbitraje (litigios entre empresas y consumidores (B2C, siglas en inglés)). Entre otras áreas en las que la legislación actual se considera problemática o incompleta, problemas que la modificación espera solucionar, se incluyen los dictámenes que eximen a los árbitros de su obligación de mantener la confidencialidad, determinación de la finalización de los procesos de arbitraje y definición de la posición de las instituciones de arbitraje permanentes. Esta modificación se encuentra en debate en los comités del Congreso de los Diputados, siendo probable su adopción a finales de año. De ahí que no se pueda determinar en este punto si el texto definitivo de la modificación vaya a coincidir con el borrador que se debate por el hecho de que la modificación puede ser alterada durante las conversaciones en el Congreso de los Diputados. Por el momento, la modificación ha sido sometida a primera lectura en la cámara baja del Parlamento checo, además de haber sido debatida por el Comité de Asuntos Jurídicos y Legales. Tras aprobarse en el Congreso de los Diputados, el proyecto de ley debe aprobarse por el Senado (la segunda cámara del parlamento) en un período de 30 días. Una vez que reciba la aprobación del Senado, el presidente del Estado dispondrá de 15 días para firmar la aprobación definitiva a la modificación. El proyecto de ley pasa a ser ley al publicarse en el Boletín legislativo; la fecha de entrada en vigor se suele establecer en cada reglamento según el número de cambios introducidos por la modificación. Las secciones que figuran a continuación analizan esta modificación en base al texto del borrador del Gobierno debatido en el Parlamento a fecha del 30 de septiembre de 2011 (la «*modificación*»). El objetivo principal de la *modificación* es establecer nuevas y más estrictas normas de arbitraje de consumo (B2C). No están disponibles estadísticas exactas de arbitrajes llevados a cabo en la República Checa. Las decisiones de arbitraje pueden ejecutarse una vez que se transmiten a las partes, no quedando sujetas las decisiones de arbitraje interno a ningún procedimiento de reconocimiento. Por consiguiente, sólo están disponibles estadísticas de fallos arbitrales que se aplican a ejecución por parte de tribunales estatales o agentes judiciales. No obstante, se espera que unas 150.000 decisiones de arbitraje (o incluso más) vayan a dictarse cada año en la República Checa y que entre un cuarto y un tercio de los litigios civiles relacionados con la propiedad vayan a ser resueltos

por arbitraje. Una gran proporción de estos está relacionada con litigios de consumo (B2C) que exigen un tratamiento especial según la legislación de la UE. Por tanto, la principal labor de la *modificación* es establecer normas especiales para dichos litigios dentro del sistema actual de arbitraje de la República Checa como disposiciones especiales incorporadas a la Ley.

Otra fuente legislativa es la Ley [República Checa] n.º 99/1963 Bol., sobre Normas de Procesamiento Civil,[4] y sus modificaciones (Normas de Procesamiento Civil). Aunque no es de aplicación directa, ésta puede aplicarse cuando proceda a asuntos relacionados de forma análoga al desarrollo del proceso. Las Normas de Procesamiento Civil sólo se aplican de forma directa a la ejecución de decisiones de arbitraje y a casos en los que los tribunales desempeñan un papel auxiliar y de control.

La ejecución de fallos arbitrales está cubierta también por la Ley n.º 120/2001 Bol. sobre Normas para el Procedimiento de Ejecución, y sus modificaciones.[5]

2. Fuentes internacionales

La República Checa es parte en varios tratados internacionales, como por ejemplo la *Convención de Nueva York* (1958)[6] que también legisla los procesos de arbitraje. También es miembro de la *Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional* (1961),[7] el *Convenio del CIADI)*,[8] y el *Tratado Marco de la Energía*,[9] y ha firmado 79 tratados de inversión bilateral.

3. Función de la legislación de la UE

La legislación de la UE no define el arbitraje de forma directa, sino que ejerce una considerable influencia sobre ciertas áreas del proceso de arbitraje, en especial en la protección al consumidor. La protección al consumidor se armoniza en toda la UE,

---

4 El título original es *Občanský soudní řád*. Fue adoptada el 4 de diciembre de 1963, estando en vigor desde el 1 de abril de 1964.

5 El título original es *Exekuční řád*. Fue adoptada el 28 de febrero de 2001, estando en vigor desde el 1 de mayo de 2001.

6 Resulta vinculante para la República Checa desde el 1 de enero de 1996 con una reserva según el artículo 1, párrafo 3, primera frase (la República Checa sólo puede aplicar la Convención de Nueva York a decisiones de arbitraje dictadas en otro Estado miembro y a decisiones de arbitraje dictadas en un Estado que no sea miembro en la medida en que dicho Estado otorgue un tratamiento recíproco).

7 Resulta vinculante para la República Checa desde el 30 de septiembre de 1993 por suceder a los tratados formalizados por la antigua Checoslovaquia, sin reservas.

8 Resulta vinculante para la República Checa desde el 23 de marzo de 1993 por suceder a los tratados formalizados por la antigua Checoslovaquia, sin reservas.

9 Ratificado el 29 de marzo de 1996, sin reservas.

sobre todo a través de la Directiva n.º 93/13/CEE,[10] no obstante, otras directivas definen ciertos aspectos específicos de protección al consumidor. Además, las decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relacionadas con cláusulas de arbitraje en contratos de consumo desempeñan una función, sobre todo con respecto a la obligación que poseen los tribunales de cada país de revisar la validez de las cláusulas de arbitraje.[11] La influencia de la legislación de la UE se refleja en gran parte en la modificación de la Ley de Arbitraje, cuyo objetivo, entre otros, es la mejora de la posición de los consumidores en procesos de arbitraje.

Hasta la fecha, la práctica judicial checa no ha establecido de forma clara la medida en la que los árbitros deben aplicar la legislación de la UE como parte de las normas de derecho sustantivo. No obstante, los árbitros sí emplean las normas jurídicas de la UE en sus dictámenes.[12]

III. La elección de la República Checa como sede de arbitraje

1. El acuerdo de arbitraje

1.1. Validez de un acuerdo de arbitraje

La validez de un acuerdo de arbitraje se revisa según la legislación aplicable al acuerdo de arbitraje, siempre que exista una diferenciación entre la ley aplicable al contrato principal y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Las partes pueden decidir someter el acuerdo de arbitraje a una legislación específica como derecho aplicable, de lo contrario se regirá por la legislación de la sede de arbitraje. Es decir, prevalece la autonomía contractual de las partes. Los litigios que no estén sometidos a arbitraje no pueden someterse a la jurisdicción de los árbitros. Lo fundamental es que la legislación aplicable al acuerdo de arbitraje también determina el problema de arbitrariedad.

A. Validez formal

Los acuerdos de arbitraje pueden asumir la forma de acuerdo independiente formalizado junto con el contrato principal o de cláusula de arbitraje que se incorpora

---

10 Directiva del Consejo n.º 93/13/CEE del 5 de abril de 1993 sobre condiciones injustas en contratos de consumo). CELEX: 31993L0013.

11 En especial las sentencias *Mostaza Claro* (C-168/05) y *Asturcom* (C-40/08).

12 No obstante, algunas opiniones al respecto son cautelosas y tienden a dar a los árbitros mayor libertad en relación con la aplicación de normas de la UE. Consúltese, por ejemplo, *Růžička, K.* Neaplikování «Římů» v tuzemském rozhodčím řízení [traducción del título: No aplicación de Roma I y Roma II en Procesos de Arbitraje Internos]. *Foro legal*. Praga: WoltersKluwer, vol. VII, n.º 10, pp. 497-504.

al contrato principal.[13] La cláusula de arbitraje representa un acto legal y, como tal, debe cumplir los requisitos estipulados por el Código Civil checo para actos jurídicos y las personas que los ejecutan. El acto jurídico debe llevarse a cabo con libertad y seriedad, siendo definitivo y simple; de lo contrario se considerará no válido. La legislación checa distingue entre un acuerdo de arbitraje formalizado exclusivamente para un litigio aún existente (acuerdo sobre árbitro, por ejemplo, acuerdo de arbitraje «ex-ante», en checo: «*smlouva o rozhodci*») y un acuerdo de arbitraje formalizado para todas las disputas que pudieran surgir o tengan que ver con una relación específica o una gama especificada de relaciones legales (cláusula de arbitraje, en checo: «*rozhodčí doložka*»). Si las partes han aceptado que una persona específica actúe como árbitro, su consentimiento no es necesario para la validez de la cláusula de arbitraje; como dicho consentimiento no es requisito previo para la validez de la cláusula de arbitraje, éste no puede ejercer ninguna influencia en su validez. Dicho consentimiento es necesario para iniciar el proceso de arbitraje aunque no para la validez de una cláusula de arbitraje ya que no existe dicho requisito según la legislación checa.[14] La decisión de aplicar la cláusula de arbitraje a un litigio específico recae en los árbitros y los tribunales según el asunto en cuestión, es decir, los derechos objeto del arbitraje y su relación con un contrato principal específico y un acuerdo de arbitraje. Por tanto, es necesario el requisito de máxima certidumbre.

El carácter definitivo es uno de los requisitos previos básicos para la validez de cualquier transacción legal, por lo que el sistema jurídico de la República checa enfatiza este carácter en gran medida. El incumplimiento de este criterio se traduce en la nulidad de la transacción específica; lo cual también se aplica a los acuerdos de arbitraje.

Siempre debe formalizarse por escrito, en caso contrario, puede considerarse nulo. La aceptación de quedar sometido a un acuerdo de arbitraje puede expresarse

---

[13] Consúltese, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo checo, libro de registro 23 Cdo. 1201/2009 del 29 de junio de 2010. Disponible en el portal del Tribunal Supremo checo en: http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/71A7DDD7C6E4054CC1257761003CDF9F?openDocument (con acceso el 9 de octubre de 2010).
Sentencia del Tribunal Supremo checo, libro de registro 33 Cdo. 4731/2008 del 15 de septiembre de 2010. Disponible en formato electrónico en la base de datos de sentencias del sitio web del Tribunal Supremo checo en http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/04F15EC0A16387 D4C12577AF002C5399?openDocument (con acceso el 9 de octubre de 2010).
Fuente de ambas sentencias: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. BĚLOHLÁVEK A.J. & N. ROZEHNALOVÁ, (eds.) Huntington, Nueva York: JurisNet, 2011, vol. I, marg. 15.11.-15.19.

[14] Sentencia 32 Odo del Tribunal Supremo checo, del 14 de junio de 2006. Disponible en formato electrónico en la base de datos de sentencias del sitio web del Tribunal Supremo checo en http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/1B43F7D71F42CED4C12575EF003928AD?openDocument (con acceso el 13 de septiembre de 2011).

en diversos tipos de documentos, no obstante siempre debe hacerse por escrito. También se considera que se cumple el requisito de formalización por escrito si el acuerdo de arbitraje se incluye en un documento que las partes ejecuten o notifiquen por correspondencia, telégrafo, télex, u otro tipo de comunicación remota. También se reconocen formas de comunicación electrónica, no obstante éstas deben poder registrar el contenido y la identidad de las personas que formalizan el acuerdo de arbitraje. Las insuficiencias relacionadas con los requisitos formales de los acuerdos de arbitraje se atienden en el desarrollo del proceso, pudiendo remediarse si la otra parte se somete al proceso sin acogerse a la defensa de ausencia de cláusula de arbitraje; esto constituye un reconocimiento de hecho del acuerdo de arbitraje.

Según la *modificación*, si se negocia una cláusula de arbitraje para un litigio de consumo (B2C), es posible que ésta no contenga la especificación de un árbitro. Esta disposición debe evitar árbitros condicionados en los litigios de consumo, lo cual es problema muy frecuente en la República Checa ya que los consumidores no suelen tener el poder de influir en la redacción del contrato formalizado con la persona jurídica. Pueden aceptar el texto presentado por la otra parte o no formalizar el contrato. Para ser más específicos, en el futuro, las cláusulas de arbitraje para litigios de consumo pueden incluir el método de determinación de árbitro, aunque no un nombre específico.

Existen *modificacione*s adicionales (según la «*modificación*») relacionadas con la concertación de una cláusula de arbitraje en litigios de consumo. Esta cláusula debe concertarse de forma independiente, no pudiendo formar parte de las condiciones contractuales. Esto debe fortalecer la posición del consumidor que podrá formalizar un contrato incluso sin cláusula de arbitraje. La *modificación* también incluye una lista de la información que debe incluirse en la cláusula de arbitraje concertada en un litigio de consumo; ésta incluye el método de determinación de árbitro; el método de iniciación del proceso de arbitraje; los honorarios del árbitro y los posibles costes del proceso; el lugar de celebración del proceso de arbitraje; el método de emisión del fallo arbitral al consumidor e información relacionada con la capacidad de ejecución de la sentencia firme. La *modificación* también estipula que esta información debe ser completa, precisa y fiel. La persona jurídica debe facilitar una explicación (de los elementos de la cláusula de arbitraje) al consumidor antes de que se concierte la cláusula de arbitraje; lo cual permitirá al consumidor entender las consecuencias de convenir una cláusula de arbitraje. Si se acepta que el tribunal de arbitraje permanente tome la decisión relacionada con el litigio, es suficiente una referencia a sus normas de arbitraje.

B. Validez sustantiva y capacidad de arbitraje

Los acuerdos de arbitraje pueden convenirse por parte de cualquier persona física o jurídica con plena capacidad legal, incluyendo el Estado. La existencia de capacidad de ar-

bitraje está sujeta a dos condiciones. En primer lugar, el acuerdo de arbitraje sólo puede convenirse para litigios relacionados con la propiedad que de otro modo recaerían en la jurisdicción del tribunal, sin incluir litigios derivados de la ejecución de sentencias. Los litigios accesorios[15] se excluyen del proceso de arbitraje. En segundo lugar, la resolución del litigio debe ser posible.[16] Los litigios derivados de contratos celebrados por hospitales del Estado (públicos) u otras instalaciones públicas sanitarias no tienen capacidad de someterse a arbitraje. Exceptuando el caso anterior, el Estado o las agencias estatales pueden celebrar acuerdos de arbitraje y pasar a ser partes en arbitraje.

Según la *modificación*, los procesos de arbitraje también se pueden utilizar para litigios que no sean los relacionados con la propiedad si de forma explícita lo permite una ley. Así, la utilización de procesos de arbitraje se viene ampliando. No obstante, una ley especial debe indicar de forma específica la posibilidad de emplear procesos de arbitraje para resolver litigios. Por ejemplo, los litigios regulados por la Ley de Comunicación Electrónica[17] se pueden resolver en la actualidad en procesos de arbitraje.

2. Separabilidad

2.1. Ampliación del acuerdo de arbitraje a terceros

La ley checa no contiene disposiciones sobre participación de terceros. Los acuerdos de arbitraje (cláusulas de arbitraje) son, por lo general, vinculantes para las partes exclusivamente, con excepciones de sucesión y cesión, cuando el sucesor o cesionario adquiere la misma condición jurídica en el mismo contrato que su predecesor. De hecho, el efecto extensivo a terceros podría ser una infracción legal. No obstante, la Ley estipula que el acuerdo de arbitraje es también vinculante para los sucesores legales de las partes, si de forma expresa las partes no estipulan lo contrario en el acuerdo de arbitraje. La legislación checa no regula de forma expresa otras situaciones con terceros o varias partes. No obstante, los principios de ley aplicables al arbitraje no incluyen el efecto vinculante de los acuerdos de arbitraje a terceros, exceptuando

---

15 El término litigio accesorio debe ser entendido (de manera simplificada) como un litigio relacionado con la exclusión de propiedad y/o derechos, incluyendo cuentas a percibir, de los activos de una parte en quiebra y/o situaciones en las que dicha propiedad o derechos vayan a formar parte de los activos de una parte en quiebra.

16 Con respecto al significado de la cláusula de resolución de litigios por múltiples vías, consúltese el fallo arbitral concedido por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la República Checa y la Cámara Agraria de la República Checa, número de archivo Rsp 752/09 de agosto de 2010. Fuente: Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Bělohlávek A.J. & N. Rozehnalová, (eds.) Huntington, Nueva York: JurisNet, 2011, vol. I, marg. 26.01.-26.10.

17 Con frecuencia, los litigios entre proveedores y usuarios de servicios de telecomunicaciones.

las situaciones específicas indicadas anteriormente (sucesión, cesión, etc.). Estas cuestiones se contemplan en mayor profundidad en las normas de procedimiento de las correspondientes instituciones de arbitraje.

No obstante, según las Normas de Procesamiento Civil, las cuales podrían aplicarse de forma complementaria al arbitraje, si la Ley no estipula lo contrario, a petición suya, un tercero puede estar autorizado a participar en arbitraje en cada una de las partes si sus derechos u obligaciones quedan afectados de forma directa por el proceso de arbitraje o si tiene un interés directo en el resultado del arbitraje (*amicus curiae*; *parte que presta su apoyo*).

2.2. Competencia de un tribunal de arbitraje para impartir justicia en su jurisdicción según el acuerdo de arbitraje (principio de kompetenz-kompetenz)

Como regla general, la República Checa reconoce el principio general de asegurar la *soberanía del arbitraje*.[18] Esto queda garantizado por la cooperación mutua de las autoridades públicas, sobre todo los tribunales y las cortes de arbitraje, lo cual, en vista del carácter privado del arbitraje, es fundamental.

La decisión de si un tribunal o corte de arbitraje posee jurisdicción recae principalmente en los propios árbitros. El tribunal de arbitraje toma una decisión sobre recusaciones relacionadas con la jurisdicción durante la primera vista oral en forma de resolución procesal.[19] El problema de la jurisdicción se considera un asunto procesal, siendo éste el motivo por el que, en principio, las recusaciones relacionadas con jurisdicción no se resuelven por fallo arbitral. Si existe una cláusula de arbitraje válida, es posible que los tribunales no interfieran en el arbitraje.

Si se presenta un pleito en un tribunal, aunque exista un acuerdo de arbitraje entre las partes, la otra parte puede recusar la jurisdicción del tribunal. Si existe, de hecho, un acuerdo de arbitraje, el tribunal suspenderá la instancia. Se debe recurrir a una recusación por la falta de jurisdicción durante la primera vista del proceso ante el tribunal; de lo contrario deja de existir el recurso de recusar la jurisdicción del tribu-

---

[18] Ver, por ejemplo: Resolución del Tribunal Constitucional de la República Checa n.° de ref. IV ÚS 174/02 del 15 de julio de 2002; Resolución del Tribunal Constitucional de la República Checa n.° de ref. III ÚS 145/03 del 12 de septiembre de 2003. Fuente de ambas sentencias: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Bělohlávek A.J. & N. Rozehnalová, (eds.) Huntington, Nueva York (EE.UU.): JurisNet, 2011, vol. I, marg. 22.07.-22.12; 22.17.

[19] Ver, por ejemplo, Sentencia 29 Cdo 1899/2008 del Tribunal Supremo checo del 25 de febrero de 2010. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Bělohlávek A.J. & N. Rozehnalová, (eds.) Huntington, Nueva York: JurisNet, 2011, vol. I, marg. 15.30.-15.36.

nal. Las disposiciones de procedimiento en tribunal civil prevén que el tribunal revise su propia jurisdicción como requisito procesal absoluto. El tribunal puede suspender la instancia en base a un conflicto con la jurisdicción de otra autoridad [pública] en cualquier momento, e independientemente del proceso, *ex officio*. No obstante, esto no tiene aplicación en caso de conflicto entre la jurisdicción de un tribunal y una cláusula de arbitraje. Por este motivo, una recusación fundamentada en una falta de jurisdicción por la existencia de un acuerdo de arbitraje debe ser acogida de forma explícita antes de finalizar la primera vista ante el tribunal (en litigios en los tribunales); en caso contrario, el derecho a recusar la jurisdicción finaliza. Excluyendo dicha recusación, el tribunal seguirá el pleito, incluso si conoce la existencia de un acuerdo de arbitraje.

Según la *modificación*, en disputas de consumo (B2C), la alegación de falta de jurisdicción no tiene que elevarse antes de finalizar la primera vista del proceso judicial. Se debe al hecho de que según la actual jurisprudencia del TJE se debe poder someter una cláusula de arbitraje en un litigio de consumo a revisión por parte del tribunal.

3. El tribunal de arbitraje

3.1. Composición del tribunal de arbitraje

En la República Checa, sólo una persona física adulta[20] con capacidad legal puede ser árbitro; estas condiciones son de aplicación a los ciudadanos checos. Los extranjeros que participen en procesos de arbitraje que se desarrollen en la República Checa también pueden ser nombrados árbitros, aunque estos deben tener capacidad legal según la legislación de su país de residencia; no obstante, es suficiente si tienen capacidad legal según la legislación checa.[21] Los jueces checos no pueden actuar como árbitros. El registro en una lista de árbitros es solamente obligatorio si se estipula en las normas de alguno de los tres tribunales de arbitraje permanentes de la República Checa.

El número de árbitros debe ser siempre impar. Si las partes no se ponen de acuerdo en el número de árbitros, el litigio se resuelve siempre por tres árbitros. En tal caso, cada parte nombra un árbitro, siendo éstos dos los que eligen la presidencia.

Según la *modificación*, existen restricciones para árbitros de litigios de consumo (B2C): no deben tener antecedentes penales, titulación universitaria en derecho y

[20] La mayoría de edad en la República Checa es de 18 años.

[21] Con respecto a la posición de los árbitros en la República Checa, consúltese, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Constitucional de la República Checa no. de ref. II ÚS 3059/08 del 15 de enero de 2009. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. BĚLOHLÁVEK A.J. & N. ROZEHNALOVÁ, (eds.) Huntington, Nueva York: JurisNet, 2011, vol. I, marg. 22.13.

estar inscritos en una lista especial mantenida por el Ministerio de Justicia o una institución de arbitraje permanente. Esta lista debe asegurar la credibilidad de los árbitros que toman las decisiones en los litigios de consumo. El Ministerio puede eliminar a un árbitro de dicha lista si sus decisiones se desestiman de forma repetida por incumplimiento de las normas de proceso. La *modificación* define antecedente penal como una sentencia por un delito cometido de forma intencionada.

La nueva Parte 5 de la Ley (según la *modificación*) especifica el modo de mantener la lista. Se puede añadir un árbitro a la lista a petición suya si éste tiene capacidad legal, falta de antecedentes penales, titulación universitaria en derecho y no ha sido eliminado de la lista en los cinco años anteriores.

3.2. Constitución del tribunal de arbitraje

Según la ley checa, las partes pueden acordar el método de selección del tribunal de arbitraje. Lo más frecuente, en el caso de tres árbitros, es que cada parte nombre un árbitro y estos dos elijan la presidencia. No obstante, las partes pueden acordar una autoridad encargada de realizar el nombramiento; no existen restricciones en tal caso. Si un tribunal de arbitraje permanente es una autoridad encargada de realizar nombramientos, el presidente de dicho tribunal tiene capacidad para nombrar a los árbitros.

Si una parte no nombra a un árbitro o los árbitros nombrados por las partes no se ponen de acuerdo en la elección de presidencia, o si el litigio va a ser resuelto por un único árbitro y las partes no se ponen de acuerdo para elegir dicho árbitro y tampoco en la elección de una autoridad encargada del nombramiento, será el tribunal el encargado de nombrar al árbitro que falta.

La *modificación* dispone la posibilidad explícita de nombrar a un árbitro por las partes, por una persona que estos acuerden o según las normas de procedimiento. La *modificación* también especifica el establecimiento de instituciones de arbitraje permanente. En la actualidad, éstas sólo pueden ser establecidas por ley; en el futuro, también pueden establecerse *si lo permite la ley* (por ejemplo, si la ley prevé el establecimiento de una institución de arbitraje permanente específica). El motivo de esta especificación se deriva de distintas interpretaciones de la versión actual de esta disposición.

También hubo problemas con la posición poco clara de las instituciones de arbitraje permanente; por tanto, la *modificación* prohíbe actuar de forma que pueda dar la impresión de que la institución sea un organismo de arbitraje permanente. No obstante, existe una excepción cuando por ley o tratado internacional se otorga permiso (por ejemplo, si un tribunal de arbitraje se ha constituido según las normas reconocidas por un tratado internacional).

3.3. Independencia e imparcialidad de los árbitros

Por principio, la relación entre los árbitros y las partes no es contractual. La conducta de los árbitros es una actividad *sui generis*. Los árbitros son totalmente independientes de las partes; su independencia debe considerarse en relación con las circunstancias del caso en particular. Por lo general, existe falta de imparcialidad cuando el árbitro es, o fue miembro de un organismo reglamentario de la parte, su representante legal, etc. La participación previa de un árbitro en un arbitraje en el que alguna de las partes actuales haya actuado, no constituye una base para recusar a un árbitro; no obstante, la práctica actual exige que los árbitros revelen dichas circunstancias.

Si un árbitro ha participado en un caso en otras formas alternativas de resolución de litigios, como, por ejemplo, conciliación, mediación, etc., antes de que se inicie el proceso, no queda claro si dicha persona puede actuar como árbitro. Es preferible que dicha persona no actúe como árbitro ya que tiene formada una opinión sobre el caso y es muy probable que proponga ciertas recomendaciones para las partes. No obstante, la resolución en cada caso específico queda a discreción de las partes.

La *modificación* prevé nuevas reglas para la posibilidad de eximir a un árbitro de la obligación de confidencialidad. En la actualidad, pueden llevarlo a cabo las partes o el tribunal (sólo por circunstancias importantes o graves). La *modificación* establece el criterio de determinación del tribunal de jurisdicción; lo cual se determina en base a la residencia permanente del árbitro, en particular, en lugar de una residencia que pueda ser temporal o difícil de determinar.

La *modificación* también dispone la aplicabilidad de las disposiciones de imparcialidad incluidas en las Normas de Procesamiento Civil de aplicación general a jueces hasta la fecha, ya que esta disposición ha demostrado ser útil y, obviamente, capaz de aplicarse también a los árbitros. Esta nueva disposición de imparcialidad aclara la disposición actual. Si un árbitro nombrado en un litigio de consumo (B2C) ha participado como tal en un dictamen o ha tenido participación en procesos pendientes relacionados con alguna de las partes en el trascurso de los tres años anteriores al litigio, estará obligado a informar acerca de esta situación a las partes. El período específico de tres años se cuenta desde el día de inicio del proceso al producirse la obligación de emitir notificación.

3.4. Recusación de un árbitro

Se puede recusar a un árbitro exclusivamente por motivos de mediatización, lo que se interpreta como interés en el curso o resultado del litigio. Es necesario que los árbitros informen a las partes acerca de las circunstancias que pudieran provocar dudas legítimas

sobre su imparcialidad. Si el árbitro no se retira, puede presentarse al tribunal una petición para su exclusión. No existen otros motivos distintos a la mediatización (es decir, relación especial con una de las partes, etc.) para recusar y sustituir a un árbitro.

La legislación checa no cubre situaciones en las que el árbitro no sea competente, por ejemplo, por una larga enfermedad; por lo que no existen dichos precedentes. No obstante, dicha situación podría controlarse a través de fundamentos legales generales, como, por ejemplo, la consiguiente imposibilidad de actuación. Los árbitros pueden dimitir sin permiso de las partes.

4. El proceso de arbitraje

4.1. Legislación que rige el proceso de arbitraje

Las partes pueden tener su propia interpretación de las normas de actuación en el proceso. La autonomía de las partes es un principio básico. Incluso así, la autonomía de las partes está limitada por las disposiciones obligatorias de las leyes correspondientes. La autonomía de las partes también está limitada por el principio de proceso adecuado; es decir, la igualdad de las partes en el proceso, así como el derecho y oportunidad que tiene cada parte de ser escuchada[22] deben reconocerse. Al establecer un tribunal de arbitraje que, por otro lado, se encuentra por completo en manos de las partes, no se puede descartar la decisión de un tribunal de ejercer su autoridad de decidir recusar a un árbitro en particular (si dicha recusación no hubiera sido remitida por el tribunal de arbitraje). Si las partes no se ponen de acuerdo en el idioma y sede del arbitraje, dichos aspectos serán determinados por el tribunal de arbitraje, el cual tendrá en cuenta las circunstancias del caso.

La *modificación* incluye una nueva condición explícita que debe cumplirse; es posible que las normas de procedimiento acordadas por las partes no favorezcan a ambas. Debe establecer los límites de la autonomía de las partes, ya que no es suficiente declarar solamente que las partes tienen derecho a un igual tratamiento. También debe asegurarse que las partes tengan un ámbito igual de dicho derecho. Si no se ha cumplido esta condición, los árbitros pueden proceder como consideren razonable.

En arbitraje internacional, las partes pueden escoger una legislación siempre que ésta no perjudique al consumidor o reduzca su nivel de protección según esta Ley.

---

[22] Consúltese, por ejemplo, Resolución del Tribunal Constitucional de la República Checa n.º de ref. I ÚS 339/02 del 26 de enero de 2004. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. I de 2011. Bělohlávek A.J. & N. Rozehnalová, (eds.) Juris, Huntington, Nueva York, 2011, marg. 22.14.

4.2. El derecho a ser escuchado y el derecho a tratamiento igualitario

El derecho a ser escuchado y el derecho a tratamiento igualitario son los principios más importantes en el proceso de arbitraje o en cualquier otro proceso en que existan contradicciones por las partes. Estos dos principios deben cumplirse en cada fase del proceso, debiendo entenderse con respecto a todas las circunstancias y carácter del arbitraje.

El arbitraje es menos formal que los procesos judiciales, por lo que las partes pueden disponer el asunto y curso del proceso (siempre que no contradiga las disposiciones obligatorias de las normas procesales). Para asegurar el cumplimiento de estos principios, las partes deben conocer sus derechos. Según la legislación checa, el tribunal debe instruir a las partes en la misma medida que en un proceso judicial. Este principio debe asegurar que la decisión del tribunal no sea sorprendente o previsible para las partes, lo que supone una contradicción del principio de proceso adecuado.[23] Este principio, incluyendo la obligación del tribunal de instruir a las partes, debe entenderse (según la jurisprudencia específica del Tribunal Supremo de la República Checa y el Tribunal Constitucional de la República Checa) como principio público de orden procesal aplicable, tanto a pleitos en tribunales como arbitraje.

4.3. Recopilación de pruebas

En la República Checa, tanto los árbitros como las partes de un litigio poseen una tendencia marcada a la aplicación de principios procesales estipulados en las normas internas de pleitos en tribunales (Normas de Procesamiento Civil).[24] Dichas tendencias no son inusuales en muchos países con *derecho civil* y, sobre todo, en los países de Europa Central y del Este. La tendencia opuesta ha tenido ciertos efectos reticentes en la República Checa.[25] Las normas IBA de Recopilación de pruebas no desempeñan un papel importante en la República Checa y su práctica es casi desconocida. Algu-

---

[23] Sentencia del Tribunal Constitucional checo, libro de registro I. ÚS 3227/07 del 8 de marzo de 2011. Disponible en formato electrónico en la base de sentencias del sitio web del Tribunal Constitucional checo en: http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=69584&pos=1&cnt=1&typ=result (con acceso el 13 de septiembre de 2011).

[24] BĚLOHLÁVEK, A. «Procesní předpisy a rozhodčí řízení» [traducción del título: «Normas procesales y arbitraje»]. *Právní fórum*. Praga: Aspi (WoltersKluwer), 2007, vol. III, n.º 12, pp. 431-444; BĚLOHLÁVEK A. & T. PEZL. «Aplikace procesních předpisů na rozhodčí řízení» [traducción del título: «Aplicación de normas procesales al arbitraje»]. *Právní rádce*. Praga: Economía, 2008, vol. XVI, n.º 2, pp. 16-24.

[25] Con respecto al requisito de formalidad en la presentación de pruebas, consúltese el fallo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la República Checa y la Cámara Agraria de la República Checa, número de archivo Rsp n.º 405/2009 del 3 de agosto de 2010. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. BĚLOHLÁVEK A.J. & N. ROZEHNALOVÁ, eds. Huntington, Nueva York (EE.UU.), 2011, vol. I, marg. 25.01.-25.04.

nas disposiciones de las Normas IBA de Recopilación de pruebas pueden entenderse como infracción de los principios procesales básicos calificados como parte del orden procesal.

Los árbitros no tienen competencia para llamar a testificar; ya que en la República Checa, los árbitros no tienen facultades para hacer que otras personas presenten escritos u otros documentos que puedan ser importantes para evaluar un caso. No obstante, el tribunal de arbitraje puede solicitar a la corte con jurisdicción (territorial) que recopile pruebas o lleve a cabo otras actuaciones procesales que no tenga permitido realizar. Las partes y los árbitros tienen el derecho a estar presentes y a participar de forma activa (es decir, a hacer preguntas) durante el proceso judicial de toma de pruebas; no obstante, dicha ayuda judicial es bastante excepcional en la práctica. Los árbitros disfrutan de criterio en la admisión y evaluación de pruebas.

Pasar vista no es un requisito indispensable en todos los casos. Si las partes así lo acuerdan, el tribunal de arbitraje puede emitir un fallo incluso sin pasar vista. De forma parecida, el tribunal de arbitraje puede emitir un fallo si alguna de las partes no da respuesta, o si una o ambas partes no comparecen en las vistas orales pese a estar éstas debida y oportunamente notificadas (u otras actuaciones procesales que lleve a cabo el tribunal). No obstante, el tribunal de arbitraje puede programar vistas, pese al entendimiento entre las partes que se indica anteriormente si éste cree que dichas vistas son indispensables para una evaluación justa del caso.

5. Medidas provisionales

5.1. Jurisdicción para el pronunciamiento de medidas provisionales

Sólo los tribunales pueden ordenar medidas provisionales en casos en los que la consiguiente ejecución está en peligro o si existe riesgo de grave perjuicio. No obstante, la práctica de los tribunales checos en el otorgamiento de medidas provisionales es bastante restrictiva.

5.2. Condiciones para ordenar medidas provisionales

Los árbitros, al solicitar al tribunal que emita una medida provisional, están obligados a demostrar su jurisdicción en un caso específico, por ejemplo, presentando al tribunal una copia de la cláusula de arbitraje. El tribunal también puede exigir pruebas de que el proceso de arbitraje se ha iniciado; si el proceso no se ha iniciado, es posible que el tribunal no otorgue medidas provisionales. El dictamen de medidas provisionales no representa un proceso independiente ante el tribunal, sino que es más bien una solicitud que apoya a un proceso de arbitraje. Así, el tribunal no toma ninguna decisión relacionada con los méritos del litigio o la jurisdicción de los árbitros.

Tras presentarse una petición al tribunal competente, dicho tribunal procede de acuerdo a las Normas de Procesamiento Civil. Los árbitros también tienen poder para pedir al tribunal que dicte medidas provisionales, incluso sin que lo soliciten las partes si las consideran necesarias para asegurar el desarrollo adecuado del proceso de arbitraje. El tribunal de la zona en la que la medida obligatoria va a ejecutarse, tiene la competencia de ordenar medidas provisionales. Si más tribunales son competentes, el tribunal de arbitraje será el que decida el tribunal competente.

5.3. Tipos de medidas provisionales

Los tipos de medidas provisionales se especifican en las Normas de Procesamiento Civil e incluyen órdenes de prohibición de poner una cantidad de dinero o un elemento en custodia del tribunal; no deshacerse de ciertos derechos u objetos o ejecutar, soportar o evitar realizar algo; para asegurar las pruebas.

5.4. Recusaciones y apelaciones frente a medidas provisionales

Se pueden apelar las resoluciones que dicten medidas provisionales. Las apelaciones deben presentarse en un período de 15 días de la emisión de la resolución y deben ir por escrito. Según las Normas de Procesamiento Civil, las razones para presentar apelaciones se restringen a motivos tales como la incorrecta valoración legal del caso; la decisión por parte de un tribunal no competente; la omisión de verificar de forma completa los hechos del caso, etc. Si se apela de forma oportuna, la resolución no entra en vigor hasta que el tribunal de apelación dicta sentencia relativa a la apelación.

5.5. Ejecución de medidas provisionales

A. Ejecución de medidas provisionales dictadas por un tribunal de arbitraje con sede en la República Checa

Un tribunal de arbitraje con sede en la República Checa no puede dictar medidas provisionales ya que la legislación checa no lo permite.

B. Ejecución de medidas provisionales relacionadas con arbitraje extranjero

– Ejecución de medidas provisionales dictadas por tribunales de arbitraje extranjeros.

  Según la legislación checa, las medidas provisionales dictadas por tribunales de arbitraje extranjeros no se reconocen o ejecutan, ya que sólo los tribunales

pueden dictar medidas provisionales. No obstante, las partes de un proceso de arbitraje pueden presentar una solicitud para dictar medidas provisionales de forma directa mediante un tribunal checo; lo cual también se aplica a procesos de arbitraje extranjeros.

La legislación checa no considera que las medidas provisionales dictadas por un tribunal de arbitraje extranjero estén cubiertas por la Convención de Nueva York, ya que sólo cubre decisiones relacionadas con los méritos del caso.[26] Por tanto, la Convención de Nueva York no se puede aplicar en esta situación.

– Ejecución de medidas provisionales dictadas por tribunales estatales extranjeros

Teóricamente (dicho caso no se ha producido en la República Checa) estas medidas se reconocen aunque sólo si la República Checa está obligada a ello por tratado internacional. No obstante, la reciprocidad sustancial es suficiente para asegurar el reconocimiento de medidas provisionales dictadas por un tribunal estatal extranjero.

No obstante, las partes de un proceso de arbitraje pueden presentar una solicitud para dictar medidas provisionales de forma directa mediante un tribunal checo.

6. Legislación que regula los méritos del caso

6.1. Elección de legislación por las partes

En arbitraje internacional, el tribunal de arbitraje falla el litigio (sobre méritos) según la opción de legislación de las partes. A no ser que las partes acuerden algo distinto, la identificación (referenciación) de las leyes de un país específico se considera referencia al derecho sustantivo de dicho país (en oposición a sus normas de conflicto de derecho).

Es posible que las partes sólo opten por la legislación de vinculación general de un país determinado como legislación aplicable para su relación, frente a normas que no tienen el carácter de leyes (normativas) y reglamentos de vinculación general, es decir *derecho no vinculante*; normas que no forman parte del «derecho común». Por ejemplo, las partes pueden optar por no escoger la aplicación exclusiva de las normas UNIDROIT. Dicho *derecho no vinculante* puede ser aplicado de forma exclusiva en

[26] Este principio se aplica a decisiones sobre jurisdicción ya que la jurisdicción se entiende como condición procesal y no como aspecto sustantivo. Si un tribunal extranjero decide la jurisdicción emitiendo un dictamen (por ejemplo una «decisión parcial» o «decisión provisional»), dicha decisión no debe entenderse como decisión de méritos y por tanto no como fallo arbitral en el ámbito de la Convención de Nueva York.

la medida en que tome la posición de normas no obligatorias de la legislación que rige los méritos según disposiciones de conflicto de derecho. Los árbitros pueden aludir a dicho *derecho no vinculante* en la medida en que lo consideren parte de las condiciones contractuales y las costumbres comerciales existentes entre las partes.

La ley checa no permite que un tribunal de arbitraje actúe como *amigable componedor*; no obstante puede emitir una decisión sobre méritos *ex aequo et bono* siempre que dicho poder haya sido otorgado expresamente por las partes.

Según la *modificación*, en litigios de consumo (B2C), los árbitros no pueden tomar una decisión *ex aequo et bono* en absoluto. Así se garantiza que el consumidor no renuncia a sus derechos otorgados por la legislación de la UE.

6.2. Determinación del derecho pertinente por parte del tribunal de arbitraje si no existe una opción de las partes

Si las partes no escogen la legislación pertinente, el tribunal de arbitraje debe aplicar la legislación determinada por las normas checas de conflicto de derecho como las disposiciones de conflicto de derecho de la sede de arbitraje. Como la República Checa es miembro de la UE, se aplica la correspondiente legislación de la UE, como por ejemplo, el reglamento de Roma I y sustituye a las normas de conflicto de derecho a partir de *la Ley n.º 97/1963 Col., sobre Derecho Internacional Privado y Procesal*.[27] Según esta Ley, debe emplearse como derecho aplicable la legislación con la relación más estrecha con los pormenores del caso.

6.3. Límite de la libertad de las partes y los árbitros (legislación normativa)

Puede rechazarse el uso de ciertas disposiciones de derecho extranjero (que no sea el derecho checo) si los efectos de dichas disposiciones fuesen contrarios al orden público.

7. El fallo (laudo)

Se puede emitir un fallo arbitral si según los árbitros, todas las cuestiones del caso están resueltas y se puede emitir fallo o si las partes han llegado a un acuerdo y piden

[27] El título original es zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním. Fue adoptada el 12 de diciembre de 1963, estando en vigor desde el 1 de abril de 1964.
No obstante, algunas opiniones al respecto son cautelosas y tienden a dar a los árbitros mayor libertad relacionada con la aplicación de normas de la UE. Ver, por ejemplo, Růžička, K. «Neaplikování «Římů» v tuzemském rozhodčím řízení» [traducción del título; «No aplicación de Roma I y Roma II en Procesos de Arbitraje Internos»]. *Foro legal*, Praga: WoltersKluwer, vol. VII, n.º 10, pp. 497-504.

al tribunal de arbitraje que dicte una sentencia que incluya dicho acuerdo. Los fallos arbitrales siempre se emiten si existe una decisión sobre los méritos del litigio o al menos existe una obligación de pagar los costes del proceso. En el resto de casos, los procesos de arbitraje se concluyen mediante resolución. No existe límite legal para dictar sentencia. Las decisiones y resoluciones deben emitirse por escrito. El juicio del fallo debe ser definitivo, debiendo incluir razonamientos que apoyen la decisión, a no ser que las partes hayan acordado que no son necesarios.

Los árbitros toman decisiones por mayoría, y el dictamen debe ser firmado por una mayoría de árbitros. Si un árbitro no acepta tomar parte en una votación o firmar una decisión, esta situación no influye en el efecto o carácter vinculante de la decisión si está aprobada y firmada por la mayoría de los árbitros.

Se emite el fallo el día en que se recoge por escrito. Entra en vigor el día en que se remite a las partes una copia por escrito. Esta fecha es decisiva para determinar los límites temporales para la corrección o suspensión del dictamen. La Ley no regula los tipos de fallo que pueden dictarse. Se aplican fallos parciales, provisionales y firmes.

La *modificación* especifica que un proceso de arbitraje finaliza con la irrevocabilidad del fallo arbitral (no su emisión) o la emisión de una resolución si no se emite fallo. La Ley actual no emplea el concepto de irrevocabilidad de resolución, por tanto, esta disposición declara de forma específica que un proceso puede darse por finalizado al emitirse una resolución. Un fallo en un litigio de consumo (B2C) debe incluir siempre razonamientos e información sobre la posibilidad de revisión por parte del tribunal.

7.1. Recusación y revisión del fallo

7.1.1. Recusación del fallo

A. Fundamentos para recusar fallos

El único remedio legal disponible contra decisiones de arbitraje es una moción para anular el fallo según la ley.[28] La anulación de un fallo arbitral no anula de forma automática el acuerdo de arbitraje, excepto en el caso en que no exista arbitrariedad, lo cual suele implicar que se anule el acuerdo de arbitraje. El tribunal puede suspender

[28] Consúltese la sentencia del Tribunal Supremo checo, libro de registro 32 Cdo 761/2009 del 27 de julio de 2010. Disponible en el portal del Tribunal Supremo checo en: http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/926B0C2FA161D30FC125778A002CCB (con acceso el 9 de octubre de 2010). Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* Bělohlávek, A.J. & N. Rozehnalová, eds. Huntington, Nueva York (EE.UU.): JurisNet, 2011, vol. I, marg. 15.07.-15.10.

un proceso de anulación y, dependiendo del tipo de defectos que se encuentren, puede dar al tribunal de arbitraje la oportunidad de volver a abrir el proceso y eliminar las deficiencias que identifique el tribunal, sin la necesidad de anular el fallo arbitral si el tribunal de arbitraje acepta la opinión de esta corte. No es admisible una revisión de los méritos del caso.[29] El demandante debe demostrar la existencia de los fundamentos que invoca en su moción.

Sólo se puede desestimar un fallo arbitral por los siguientes motivos:[30]

(1) El litigio no era arbitrable.

(2) No se ha llegado a ningún acuerdo de arbitraje, o el acuerdo de arbitraje es nulo y no válido.

(3) No se ha notificado debidamente a la parte el nombramiento de un árbitro o se ha tomado una decisión por árbitros sin autorización para tomar dicha decisión.

(4) Las partes no han tenido la oportunidad de tener una vista oral.

(5) El fallo no ha sido aprobado por la mayoría de árbitros.

(6) El fallo requiere un cumplimiento no solicitado por el Demandante, o un cumplimiento que no está permitido o es imposible según el derecho checo.

(7) La existencia de motivos que pudieran facilitar la reanudación de procesos ante un tribunal (se pueden encontrar en las Normas de Procesamiento Civil e incluyen la existencia de hechos, decisiones o pruebas que no podrían ser utilizadas en el proceso original pero que podrían desarrollar un cambio por una decisión más favorable para la parte; siendo posible presentar pruebas que no se pudieron presentar en el proceso original).

---

[29] Con respecto a Bulgaria, consúltese, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Bulgaria de Revocación n.º 106, Caso Civil n.º 884/2009 de 1 de diciembre de 2009 (*M «O»* v. *«O» E.*); Fuente: APIS 7 PRAVO [АПИС 7 ПРАВО] sistema de información jurídica] y demás. Con respecto a la República Checa, consúltese, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Constitucional de la República Checa n.º de ref. II ÚS 2169/07 del 3 de septiembre de 2007. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. BĚLOHLÁVEK A.J. & N. ROZEHNALOVÁ (eds). Huntington, Nueva York (EE.UU.): JurisNet, 2011, vol. I, marg. 22.18.

[30] Ver por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo checo, libro de registro 33 Cdo. 2675/2007 del 30 de octubre de 2009. Fuente: *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. BĚLOHLÁVEK A.J. & N. ROZEHNALOVÁ, eds. Huntington, Nueva York (EE.UU.): JurisNet, 2011, vol. I, marg. 15.28.-15.29.

La *modificación* añade dos nuevas razones para suspender un fallo arbitral aplicable exclusivamente a litigios de consumo (B2C), por ejemplo, i) el árbitro ha tomado una decisión contraria al derecho sustantivo o a las normas procesales; ii) la cláusula de arbitraje relacionada con litigios de consumo no contiene la información necesaria o dicha información no es completa, es imprecisa o falsa.

B. Procesos

El período preventivo para presentar una moción de anulación es tres meses a partir de la fecha en la que se notificó el fallo a la parte que busca la anulación. En caso de que se haya presentado una solicitud de corrección, interpretación o complementación del fallo arbitral, el periodo de presentación de la moción de anulación comienza el día en que el tribunal de arbitraje haya llegado a una resolución del primero, lo cual se aplica en casos en los que los fundamentos de anulación presentados en la moción de anulación pueden remediarse mediante corrección del fallo arbitral, y la parte ha realizado una propuesta relacionada con dicha corrección. Las partes no pueden excluir la anulación de un fallo en un acuerdo de arbitraje ni modificar los fundamentos legales para la anulación de un fallo arbitral.

Según la *modificación*, si se dicta un fallo en un litigio de consumo, el tribunal siempre examina si existen razones para invalidarlo. Se basa en la jurisprudencia del TJE que declara que el tribunal debe *ex officio* examinar el cumplimiento de la cláusula de arbitraje de las normas obligatorias previstas para protección de los consumidores.

Se puede posponer la ejecución de un fallo si es posible llegar a una conclusión a partir de la moción presentada de que dicho aplazamiento sea razonable, es decir, el tribunal puede decidir aplazar la ejecución incluso sin existir ninguna propuesta. Lo cual debe evitar excesos como las situaciones en las que un fallo puede ejecutarse, pero la cláusula de arbitraje no es válida. Si un consumidor presenta moción para anular un fallo, el tribunal examina *ex officio* la existencia de razones para posponer la ejecución del fallo. El tribunal tomará la decisión de aplazamiento en un plazo de 7 días; hasta entonces, el fallo no puede ejecutarse.

Los consumidores también disponen de nueva protección al recusar la invalidez de una cláusula de arbitraje o la falta de imparcialidad de un árbitro; pueden elevar estas alegaciones ante un tribunal incluso si no las alegaran en el proceso de arbitraje.

La *modificación* también obliga a los tribunales a informar al Ministerio de Justicia si anulan un fallo emitido por un árbitro de la lista de árbitros de litigios de consumo.

7.2. Revisión del fallo

A. Fundamentos para la revisión

Las partes pueden acordar la revisión de un fallo arbitral por parte de un tribunal de arbitraje distinto (por otros árbitros), no obstante esta posibilidad se emplea muy raras veces. Los fundamentos de revisión no se especifican en mayor profundidad en la Ley; por tanto, queda por completo a criterio de las partes.

B. Procesos

La selección de un nuevo tribunal arbitral queda al criterio de las partes; no obstante, ninguno de los árbitros que emitieron el fallo en primera instancia pueden actuar como miembros del segundo tribunal. La parte que haya presentado la revisión debe informar a la segunda en un plazo de 30 días desde el día en que la parte que presente la solicitud haya recibido notificación del fallo arbitral. Un tribunal de arbitraje que revise un fallo puede confirmarlo o tomar una decisión distinta. El proceso de revisión de un tribunal de arbitraje se considera parte del proceso de arbitraje.

IV. Reconocimiento y ejecución de fallos arbitrales extranjeros

El procedimiento para reconocimiento y ejecución de fallos arbitrales extranjeros está regulado por tratados internacionales a los que el país específico se acoja. La República Checa ha firmado la *Convención de Nueva York*.

Los procesos de reconocimiento y ejecución son un tipo de procesos conflictivos en los que dos partes participan y que finalizan con el reconocimiento o desestimación del fallo arbitral.

Se puede rechazar el reconocimiento por razones declaradas en el Artículo V de la *Convención de Nueva York* si procede. Si no puede aplicarse ningún tratado internacional, la misma ley nacional incluye fundamentos de desestimación. En su mayoría los fundamentos de desestimación incluyen:

- La falta de jurisdicción exclusiva de los tribunales del país en los que se pretende el reconocimiento;
- La falta de conflicto con la normativa pública del Estado en el que se pretende el reconocimiento;

- La omisión de la persona contra la cual se emitió el fallo de asistir al proceso pese a ser debidamente convocada, tuviera lo posibilidad de participar en el proceso y todos los documentos le hubieran sido remitidos;

- La existencia de *Lis Pendens* o *Res Judicata*.

Los fallos arbitrales reconocidos representan la capacidad de ejecución de éstos. Por lo general, la ejecución de un fallo arbitral reconocido se produce de la misma manera que un fallo arbitral interno.

En el caso de la Convención de Nueva York y la Convención Europea, la solicitud debe ir acompañada de:

- El fallo arbitral, junto con la documentación de emisión; y

- El acuerdo de arbitraje.

El fallo arbitral y el acuerdo de arbitraje deben adjuntarse al original o en forma de copia certificada; también es obligatoria una traducción jurada si no están en el idioma del país en el que se pretenda conseguir el reconocimiento y ejecución.

La persona contra la que se haya emitido la orden de ejecución puede presentar una moción para suspender la ejecución de la sentencia. La posibilidad de presentar dicha moción no está afectada por el hecho de que se haya presentado una moción de anulación del fallo arbitral o la suspensión de los efectos del mismo. Si, en relación con la moción de anulación, se presenta una moción de suspensión de los efectos, el permiso de suspensión implica que el tribunal suspenda *ex officio* la ejecución de la sentencia hasta que se tome una decisión para la moción de anulación.

La moción de suspensión de la ejecución de la sentencia puede fundamentarse en razones generales declaradas en las *Normas de Procesamiento Civil* o en razones especiales aplicables solamente a procesos de arbitraje. No es concluyente si las razones ya han sido elevadas a lo largo del proceso. Entre las razones generales de suspensión se incluyen:

- La ejecución de la sentencia se ordenó antes de que fuera ejecutable;

- La decisión en la que se basa la sentencia ha dejado de tener vigencia o ha sido anulada. Los fallos arbitrales internos sólo pueden anularse por procedimiento según la Ley. Los fallos arbitrales extranjeros sólo pueden ser anulados en el país de origen. En la práctica, no se consideran otras decisiones que produzcan la

anulación de un fallo o el cese de su vigencia que no sean las otorgadas en el país de origen del fallo;

- La suspensión de la ejecución de la sentencia ha sido propuesta por una persona que también propuso la ejecución de la sentencia;
- La ejecución de la sentencia afecta a elementos que están excluidos de la ejecución de la sentencia;
- El proceso de ejecución de la sentencia sugiere que los ingresos adquiridos no son suficientes para cubrir los costes de ejecución;
- Se ha decidido por sentencia firme que la ejecución de la sentencia afecta a propiedad por la cual alguien tiene derecho a bloquear la ejecución de la sentencia;
- El derecho adjudicado por esta decisión se ha extinguido tras emitir dictamen;
- La parte obligada ha llevado a cabo una deducción estipulada por reglamentos especiales (es decir, reglamentos relacionados con impuestos o el sistema de seguridad social) de la suma ejecutada y la ha recaudado para la autoridad competente;
- Si la ejecución se lleva a cabo mediante la venta de una garantía, el derecho de garantía deja de existir.

Si existe alguna de estas razones, el tribunal tomará una decisión relacionada con la suspensión de la ejecución de la sentencia incluso sin que exista una moción.

Razones especiales aplicables solamente a procesos de arbitraje que incluyen lo siguiente:

- La ejecución se basa en un fallo arbitral emitido en un asunto que no era arbitrable; el fallo no ha sido decidido por una mayoría de árbitros; o éste adjudica una ejecución que no es posible o admitida por la legislación nacional;
- La persona que, presuntamente, tenía representación legal no ha estado representada como tal, por lo que no se han aprobado actuaciones;
- El representante no estaba debidamente autorizado, por lo que su proceder no tiene aprobación.

El arbitraje comercial internacional en la Federación de Rusia

Alina Bondarenko

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Rusia.— II. Fuentes del arbitraje comercial internacional.— 2.1. Fuentes de Derecho Interno.— 2.2. Fuentes de Derecho Internacional.— 2.3. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Rusia.— III. La elección de Rusia como sede.— 3.1. El convenio arbitral.— 3.1.1. Validez del convenio arbitral.— a. Validez formal.— b. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 3.1.2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3.1.3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 3.1.4. *Kompetenz-Kompetenz*.— 3.2. El tribunal arbitral.— 3.2.1. Composición del tribunal arbitral.— 3.2.2. Constitución del tribunal arbitral.— 3.2.3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 3.2.4. Recusación de los árbitros.— 3.3. El procedimiento arbitral.— 3.3.1. Ley aplicable al procedimiento arbitral.— 3.3.2. Igualdad de partes y derecho a ser oído.— 3.3.3. Pruebas.— 3.4. Medidas cautelares.— 3.4.1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares de los tribunales estatales y arbitrales.— 3.4.2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares.— 3.4.3. Tipos de medidas cautelares.— 3.4.4. Recurso contra medidas cautelares.— 3.4.5. Ejecución de medidas cautelares en Rusia.— 3.5. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 3.5.1 Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— 3.6. El laudo.— 3.6.1. Corrección del laudo.— 3.7. Recursos contra el laudo.— 3.7.1. Recurso de anulación. a. Procedimiento.— b. Motivos.— 3.7.2. Recurso de revisión.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Rusia

Se puede distinguir dos etapas en la historia del arbitraje comercial internacional en Rusia: la soviética y la moderna.

Desde su creación la URSS20[1] adoptó una postura pro-arbitraje. En los años 20 la utilización del arbitraje se basaba en la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos internacionales y en los años 30 se crearon dos comisiones arbitrales permanentes: la Comisión Marítima del Arbitraje[2] (MAK,[3] en sus siglas rusas) y la Comisión Arbitral de Comercio Exterior[4] (VTAK,[5] en sus siglas rusas). Las Comisiones no formaban parte del aparato judicial ni del administrativo de la URSS o sus repúblicas, siendo su naturaleza jurídica la de una organización pública dedicada a la resolución extrajudicial de disputas, sometidas a su decisión exclusivamente por pura voluntad de las partes. En la actualidad, ambas Comisiones subsisten (aunque la VTAK paso a llamarse «MKAS»)[6] y su actividad se rige por la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en el año 1993.

Cabe destacar que la URRS participó activamente en el desarrollo del Convenio de Nueva York de 1958.[7]

El siglo XX, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial se caracterizó por un rápido desarrollo del arbitraje consistente en su creciente popularidad entre la comunidad empresarial y, en consecuencia, la evolución de su base normativa.[8] Se marcó una tendencia de institucionalización del arbitraje (arbitraje

---

1 La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas fue creada en el año 1922 y dejó de existir en el año 1991. En su estado final la Unión estaba compuesta por 15 repúblicas: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Estonia, Georgia, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Lituania, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán.

2 Fue creada en el año 1930.

3 Morsrkáya Arbitrázhnaya Komíssiya.

4 Fue creada en el año 1932 y en el año 1987 la VTAK pasó a llamarse «Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de la URRS».

5 Vneshnetorgóvaya Arbitrázhnaya Komíssiya.

6 Mezhdunarodniy Kommercheskiy Arbitrazhniy Sud (la Corte Internacional de Arbitraje Comercial).

7 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) de UNCITRAL, de 10 de junio de 1958.

8 Para favorecer la utilización del arbitraje la Cámara de Comercio de la URSS (CC) en colaboración con las Cámaras de otros países había desarrollado las cláusulas arbitrales marco: la cláusula de la CC y la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial de 1956, la cláusula de la CC y la Federación de la India de las Cámaras de Comercio de 1961 (en 1980 está cláusula fue sustituida por un acuerdo trilateral entre CC, Federación de las Cámaras de Comercio de la India y el Consejo de la India de Arbitraje), la cláusula de la CC y la Asociación Italiana de Arbitraje de 1974, las cláusulas de la CC y la Asociación Americana de Arbitraje de 1977 y 1992. En el año 1972 los países miembros del CAME (Consejo de Ayuda Mutua Económica (1949-1991) firmaron una Convención multilateral sobre arbitraje (Convención de Moscú 1972). Inicialmente la Convención de Moscú de 1972 fue firmada por: Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, Unión Soviética, Albania, República Democrática Alemana, Mongolia y Cuba.

institucional vs arbitraje «*ad-hoc*») consistente en el fomento de las instituciones arbitrales ya existentes o creación de las nuevas. Durante esta época el arbitraje soviético contaba con un prestigio que lo convertía en la sede del arbitraje internacional cientos de veces al año.

La etapa actual comenzó en el año 1993 con la aprobación de la Ley sobre «Arbitraje Comercial Internacional» que introdujo unas normas sobre la Corte Internacional de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de Rusia (MKAS, en sus siglas rusas), organismo competente en la actualidad.

La no existencia de una regulación completa del arbitraje comercial internacional favoreció la aceptación de la Ley Modelo de UNCITRAL en el ordenamiento jurídico ruso en los años 90. La integración de la Ley Modelo armonizó la legislación rusa en materia de ADR con la legislación de más de 30 estados que basaron su regulación de arbitraje en la Ley Modelo. Así, con la aprobación de la Ley sobre Arbitraje por primera vez se creó una sólida base legal para el desarrollo de arbitraje comercial internacional en Rusia.

La Corte Internacional de Arbitraje Comercial de Rusia es miembro de la International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI).[9]

Anualmente, MKAS resuelve 186 casos de media, en el que están implicados alrededor de 30 países, donde predominan las disputas derivadas de contratos de compra-venta internacional.

II. Fuentes del arbitraje comercial internacional

2.1. Fuentes de Derecho Interno

Es importante señalar que la legislación rusa regula de forma diferente el arbitraje nacional[10] y el arbitraje internacional. Así, en el ámbito internacional la norma prin-

---

Actualmente, los miembros de la Convención son: Bulgaria, Cuba, Mongolia y Rusia. Con el fin de armonizar la aplicación de la Convención, en el año 1974 se aprobó el Reglamento Uniforme de Cortes Arbitrales de las Cámaras de Comercio que no resultaba de aplicación directa, sino preveía su transposición al derecho interno de los países miembros. Así, en 1975 en la URSS fue aprobada una normativa sobre la Comisión Arbitral de Comercio Exterior.

9 En http://www.institutionalarbitration.com.

10 El arbitraje nacional está regulado por la Ley Federal sobre los Tribunales Arbitrales en la Federación Rusa, n.º 102-FZ, de 24 de julio de 2002.

cipal es la Ley sobre «Arbitraje Comercial Internacional»[11] (LACI). La ley está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, siendo sus principales diferencias las siguientes:

- La Ley rusa no prevé laudos dictados en equidad (*ex aeque et bono*);
- A diferencia de la Ley Modelo, la Ley rusa establece que el laudo siempre tiene que ser motivado.[12]

Asimismo, constituye una fuente del arbitraje comercial internacional el Reglamento del MKAS[13] (Reglamento).

A nivel procesal el arbitraje se rige por el Código Procesal de Arbitraje[14] (CPA). Especialmente resulta de aplicación el Título V «Procedimiento con la intervención de extranjeros».

2.2. Fuentes de Derecho Internacional

A nivel internacional, Rusia es parte de los siguientes acuerdos:

- Convención de Nueva York de 1958;
- Convención Europea sobre el Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Ginebra de 1961);
- Convención multilateral de Moscú de 1972;

---

[11] Ley de 7 de julio de 1993, n.º 5338-1 (en redacción de 3/12/2008). Considerando la casuística internacional y las enmiendas del 2006 realizadas a la ley Modelo de UNCITRAL, el legislador ruso ha optado por la reforma de la vigente ley de arbitraje. Actualmente la Duma (la cámara baja del Parlamento) de la Federación Rusa está valorando el proyecto de la ley federal sobre «Introducción de modificaciones en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional» (el proyecto ha sido entregado a la Duma en virtud de la Orden del Gobierno del 20 de julio de 2011, n.º 1249-p.). El proyecto prevé una nueva regulación de la forma del convenio arbitral: se ampliará el concepto de la forma escrita tomando en consideración los avances tecnológicos. Así, la nueva redacción del art.7 «Definición y Forma del Convenio Arbitral» precisa el concepto del convenio arbitral, sus requisitos y el momento de la celebración del mismo.
Asimismo, el proyecto contiene nuevos términos en cuanto a medidas cautelares, permitiendo la adopción de cualquier medida cautelar por el árbitro, la base y las condiciones de su adopción, así como el carácter temporal de las mismas.

[12] Esto afecta de forma sustancial al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros dictados en los países cuya legislación permite laudos no motivados. Por ejemplo, LCIA (The London Court of International Arbitration).

[13] Aprobado el 18 octubre de 2005 por la Orden n.º 76 de la Cámara de Comercio de Rusia.

[14] Aprobado el 24 de julio de 2002.

- Convención sobre el procedimiento de resolución de disputas derivadas de actividades económicas de 1992.[15]

Según el art. 15.4 de la Constitución de Rusia y el art. 1.5 de la LACI, los tratados internacionales de Rusia están en el escalón más alto de la jerarquía normativa y se aplican aunque su contenido contradiga a la legislación local, por lo que en caso de existir una discrepancia entre la LACI y los convenios internacionales, se aplicarían estos últimos.

La Ley Modelo de UNCITRAL junto con su nota explicativa es una fuente de tipo *soft law* que aunque no tiene vinculación legal, sirve de referencia para los árbitros, dado que es la base de la legislación rusa sobre arbitraje comercial internacional.

2.3. El papel del Derecho Comunitario en el arbitraje en Rusia

No se observa una influencia directa del Derecho Europeo sobre el arbitraje comercial internacional en Rusia, dado que el punto de referencia es la UNCITRAL.

No obstante, la Unión Europea es un importantísimo socio comercial para la Federación Rusa. Asimismo, la experiencia de la Unión Europea en su proceso de integración, supone una pauta para la colaboración de Rusia con Kazajstán, Bielorrusia y Ucrania en el marco del espacio económico común. Por ello, el legislador ruso toma de referencia la legislación europea para solventar los aspectos más controvertidos, tales como la ley aplicable al fondo del asunto en defecto de elección de las partes, tanto en la práctica judicial como en la arbitral. Así, el artículo 1211 del Código Civil ruso, que establece las presunciones en cuanto a la ley aplicable al contrato a falta de pacto, fue inspirado en el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma).[16]

II. La elección de Rusia como sede

3.1. El convenio arbitral

La definición rusa del acuerdo de arbitraje coincide completamente con lo expresado en el art. 7.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL del 1985.

---

[15] Es un acuerdo firmado entre los países CEI: Armenia, Bielorrusia, Kazajstán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tadjikistán y Ucrania.

[16] Convenio n.º 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

Así, según el artículo 7 de la LACI «convenio arbitral» es un acuerdo entre las partes que expresa la voluntad de las mismas de «someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no». El convenio arbitral podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de un acuerdo independiente.

3.1.1. Validez del convenio arbitral

En un sentido amplio el concepto de validez del convenio arbitral abarca tales cuestiones como la existencia, validez formal y material, vigencia, capacidad de las partes, arbitrabilidad y ejecutoriedad. La validez del convenio arbitral se rige por la ley elegida por las partes (con dos excepciones: la capacidad de las partes se rige siempre por la *lex personae*, aunque cabe señalar que la ley personal se determina en base a las normas de conflicto del derecho elegido; la arbitrabilidad siempre se rige por la ley del país donde el laudo tiene que ser dictado/ejecutado) o, en su defecto, por la que resulte de aplicación considerando las circunstancias. En la práctica, a falta de elección se aplica la *lex arbitri*.[17]

a. Validez formal

La legislación rusa requiere que el convenio arbitral se celebre por escrito.[18]

La forma escrita se cumple cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- Que exista un documento firmado por las partes;
- Que exista intercambio de correspondencia (faxes u otros sistemas de comunicación);
- Que exista un intercambio de demandas judiciales donde una de las partes insista en la existencia de un convenio arbitral y la otra no objete tal afirmación.

En cuanto a la cláusula arbitral incorporada al contrato principal, será válida cuando el contrato esté por escrito y de la redacción de la misma se derive que ésta forma parte del contrato principal. El proyecto de la ley federal sobre «Introducción de modificaciones en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (referenciado en el pie de página 11) amplía la validez del convenio arbitral, considerando válida cualquier forma que permita registrar y acceder a la información para su posterior consulta.

---

[17] Aunque algunos autores consideran que la ley material determinada para el contrato principal se extiende automáticamente a la cláusula arbitral (REDFEM, A. & M. HUNTER).

[18] Art. 7.2 de la LACI.

b. Validez sustantiva y arbitrabilidad

La LACI no determina requisitos materiales de la validez del convenio arbitral. En la práctica este vacío legal se subsana a través del derecho civil, dada la naturaleza contractual del convenio arbitral.[19] De acuerdo con la legislación rusa, constituye requisito *sine qua non* para la existencia de un contrato el consentimiento entre las partes.[20] Asimismo, es necesario que los contratos se concluyan por personas con capacidad suficiente,[21] que el objeto y la causa sean determinados y lícitos.

Para que el convenio arbitral sea válido es necesario que el objeto sobre el que se disponga sea arbitrable de acuerdo con la legislación rusa. En caso de no cumplir con este requisito el laudo podrá ser anulado de oficio por el juzgado que tramite su ejecución forzosa o conozca de su anulación en base a otros motivos. Asimismo, será denegada de oficio la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero cuando el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a las leyes de la Federación Rusa.

En este sentido se puede hablar de dos tipos de arbitrabilidad: la objetiva y la subjetiva.

Bajo la arbitrabilidad objetiva se puede decir que, en principio, las controversias derivadas de relaciones privadas de carácter mercantil son arbitrables en el ordenamiento jurídico ruso. En cambio, no son susceptibles de arbitraje las relaciones regidas por el derecho público. Existe la opinión de que los asuntos competencia exclusiva de los juzgados de lo mercantil no pueden resolverse por medio de arbitraje.[22]

---

[19] Auto del Juzgado de lo Mercantil de la región de Sverdlovsk de 28/12/2009, sobre el caso n.º A60-56093/2009-C1.

[20] El consentimiento tiene que expresarse de forma clara e inequívoca y estar libre de vicios.

[21] Según la normativa rusa (art. 1195 del Código Civil) la capacidad de las personas físicas se determina en base a su ley personal. Normalmente, la ley personal corresponde con el ordenamiento jurídico del país de la nacionalidad del individuo. Sin embargo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico ruso si un extranjero reside en Rusia, su ley personal es la legislación rusa y no la del país de nacionalidad. En Rusia la capacidad legal se adquiere con la mayoría de edad (18 años) y sólo puede ser suprimida o limitada por decisión judicial. La capacidad de la persona jurídica se rige por la ley del país de su constitución (art. 1202 del Código Civil).

[22] No existe uniformidad en cuanto a la interpretación del art. 248 del CPA. Una parte de la doctrina y jurisprudencia considera que la competencia exclusiva de los juzgados estatales fijada para determinadas materias significa que dichas materias no son arbitrables (Nechataeva, T.N., Juez del Juzgado Superior de lo Mercantil. «Sobre cuestiones de competencia de los tribunales de lo mercantil en Rusia con la participación de extranjeros». *Noticiario del Juzgado Superior de lo Mercantil*. Párrafo 28 de la Circular Informativa del Juzgado Superior de lo Mercantil, de 22 de diciembre de 2005, n.º 96).

Así, corresponden a la competencia exclusiva de los juzgados de lo mercantil los siguientes objetos:[23]

1) Controversias sobre los bienes propiedad del Estado, incluidos los derivados de privatización y expropiación forzosa para fines estatales;

2) Controversias relativas a bienes inmuebles que radiquen en Rusia;[24]

3) Controversias relativas al registro o emisión de certificados de patentes, marcas, modelos industriales, modelos de utilidad u otros derechos de propiedad industrial que requieran registro y emisión de certificado en la Federación Rusa;

4) Controversias en el ámbito de registros estatales sobre la improcedencia de inscripciones realizadas por los órganos competentes;

5) Controversias relativas a la constitución, liquidación o el registro de empresarios individuales o personas jurídicas en el territorio de la Federación Rusa, así como la impugnación de acuerdos sociales de estas sociedades.

Asimismo, la ley concursal rusa señala expresamente la imposibilidad de acudir al arbitraje para decidir sobre el estado de insolvencia, otorgando la competencia exclusiva a los juzgados de lo mercantil.[25] En este sentido, cabe precisar lo siguiente:

Por otra parte, existe la opinión reflejada en la jurisprudencia de que el citado art. 248 no excluye la posibilidad de acudir a un arbitraje para resolver las cuestiones relacionadas con las materias fijadas en él, tan sólo establece la competencia exclusiva de los juzgados nacionales frente a los extranjeros. Así, de las siguientes decisiones: Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil, de 20 de marzo de 2007, n.° 15435/06; Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 17 de abril de 2007, n.° 15324/06 se desprende que las controversias sobre los bienes inmuebles son susceptibles de arbitraje.

23 Art. 248 CPA.

24 Es la materia cuya inarbitrabilidad es bastante discutible. Si las otras cuestiones citadas en el art. 248 del CPA pertenecen al ámbito del derecho público y, por ende, no son arbitrables, las controversias derivadas de relaciones mercantiles cuyo objeto es un bien inmueble se enmarcan dentro del derecho privado. Es más, el art. 28 de la Ley Federal sobre «Registro Estatal de Bienes Inmuebles y Operaciones con Bienes Inmuebles» prevé expresamente la obligación del Registro Estatal de realizar la inscripción en base a un laudo arbitral. A favor de la arbitrabilidad de controversias relativas a los bienes inmuebles están los siguientes autores: KOMAROV, A.S (miembro de la Comisión de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Rusia); KARABELNIKOV, B.R. (árbitro de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Rusia, miembro de la Corte LCIA, Juez del tribunal administrativo del BERD).

25 Art. 33 de la Ley Federal n.º 127-FZ de 26 de octubre de 2002 sobre el Procedimiento Concursal.

- El título ejecutivo emitido en base a un laudo arbitral se toma en consideración en un proceso concursal si el laudo fuera dictado con la anterioridad a la apertura del mismo.
- Si en el momento de inicio del proceso de bancarrota el tribunal arbitral ya había aceptado la demanda pero aún no ha dictado el laudo, la validez del laudo dependerá de si se dicta antes o después de que el juez declare al deudor insolvente[26] (en este último caso, el laudo no podrá ser ejecutado, por lo que el tribunal arbitral tiene que suspender las actuaciones).
- Si el deudor ha sido considerado insolvente, no tiene ningún sentido acudir a un arbitraje, ya que incluso en caso de que se inicie el arbitraje y se dicte el laudo, en Rusia su ejecución no será posible en base a su incompatibilidad con el orden público.[27]

En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, ésta delimita el círculo de personas que pueden ser parte en un arbitraje comercial internacional. Así, los sujetos de un arbitraje comercial internacional son las personas jurídicas y/o físicas que tengan el estatus de empresario individual, así como las organizaciones internacionales. Las personas físicas no pueden ser parte en un arbitraje comercial, ya sea nacional o internacional.

3.1.2. Separabilidad del convenio arbitral

La legislación rusa reconoce expresamente la independencia de la cláusula arbitral del contrato principal. Así, el artículo 16.1 de la LACI establece que la cláusula arbitral incorporada al contrato tiene que ser tratada como una cláusula independiente del resto de las condiciones contractuales y la nulidad del contrato principal no conlleva la nulidad de la cláusula arbitral incorporada al mismo. Asimismo, el principio de

---

[26] La declaración de insolvencia tiene lugar cuando, existiendo los presupuestos de insolvencia (para las personas físicas es la incapacidad de atender sus obligaciones económicas en un período de 3 meses si las deudas superan el valor de sus bienes (aunque en la práctica, el empresario individual puede ser declarado insolvente cuando su deuda es superior a 10 mil rublos independientemente del valor de su patrimonio. Auto del Tribunal Superior de lo Mercantil de 30.06.2011, n.º 51); para las personas jurídicas es la incapacidad de atender sus obligaciones económicas en un período de 3 meses) el juez que conozca del proceso de bancarrota no opte por alguna de las alternativas que prevé la ley: saneamiento financiero, administración externa, convenio o sobreseimiento del procedimiento. Con la declaración de insolvencia del deudor se inicia la fase concursal que conlleva la liquidación de la empresa en concurso.

[27] En virtud del art. 126.1 de la Ley Concursal, desde el inicio de la fase concursal (que se produce tras la declaración de insolvencia del deudor) todas reclamaciones tienen que resolverse en el marco del procedimiento concursal. Auto del Juzgado Federal de lo Mercantil del distrito de Oriente Lejano de 4 de diciembre de 2001, sobre el caso n.º F03-A51/01-1/2452-a; Auto del Juzgado de lo Mercantil de la región de Moscú de 1 de noviembre de 2004, sobre el caso n.º KG-A40/9998-04.

separabilidad se aplica a la resolución del contrato principal: la misma no afecta a la cláusula arbitral, salvo que la propia cláusula lo prevea.[28] Cabe señalar, que la independencia de la cláusula arbitral debe entenderse en un sentido escrito: la salvaguardia de la fuerza jurídica del convenio arbitral ante la invalidez del contrato principal. En cambio, dicha independencia no significa que la cesión de contrato principal no conlleva la transmisión de todas sus cláusulas. A estos efectos, la cláusula arbitral es un elemento del contrato principal.[29]

3.1.3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

La legislación rusa de arbitraje no hace referencia a la ampliación del convenio arbitral a terceras partes. No obstante, la postura jurisprudencial predominante es que generalmente el convenio arbitral se extiende a terceras partes mediante la cesión,[30] la subrogación legal[31] (en particular, en caso de reorganización de empresas) o la sucesión procesal.[32] Cabe señalar, que en determinados casos la aplicación del convenio arbitral a terceros no es posible, dado que la extensión entra en conflicto con la arbitrabilidad subjetiva. Por ejemplo, si una de las partes firmantes del convenio arbitral (proceso arbitral) fallece, sus derechos y obligaciones pasan íntegramente a sus herederos. Ahora bien, si el heredero de un empresario individual no es empresario, el mismo no podrá ser parte en un procedimiento arbitral dado que las personas físicas no pueden ser partes en un arbitraje comercial.

---

[28] Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 24 de marzo de 2010, n.º VAS-838/10 (sobre el caso n.º A56-45732/2008 indicó que la cláusula arbitral se mantiene a pesar de la resolución del contrato principal).

[29] Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 1 de febrero de 2010, n.º VAS-15887/09 (sobre el caso A56-29770/2009). Auto del Juzgado Federal del Distrito de Moscú de 14 de junio de 2011, n.º KG-A40/5988-11.

[30] Generalmente, el cambio de acreedor no precisa la autorización por parte del deudor, en cambio la cesión de la deuda requiere una autorización por parte de acreedor. Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 1 de febrero de 2010, n.º VAS-15887/09 (sobre el caso n.º A56-29770/2009) señaló que el derecho (obligación) de la parte de acudir a un arbitraje pasa al cesionario junto a otros derechos. La misma postura se vio reflejada con anterioridad en los Autos del Tribunal Superior de lo Mercantil de 19.06.2007, n.º 15954/06 y de 17.06.1997, n.º 1533/97, así como en el párrafo 15 de la Circular Informativa del Tribunal Superior de lo Mercantil de 16.02.1998, n.º 29.

[31] No requiere notificación a la otra parte. El juzgado de lo Mercantil de Moscú en su Auto de 24 de mayo de 1996 señaló que la reorganización de la parte no constituye un obstáculo para el reconocimiento y ejecución del laudo contra su sucesor. Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXIII, p. 741.

[32] Caso contra Yuganskneftegaz (una de las filiales de la compañía Yukos), de 19 de septiembre de 2006 en el que tras la reorganización del demandado sus derechos y obligaciones pasaron a Rosneft S.A., que sustituyó al demandado en el proceso de anulación de laudos dictados.

3.1.4. Kompetenz-Kompetenz

Según el art. 16.1 de la LACI, el tribunal arbitral tiene potestad para decidir sobre su propia competencia. Asimismo, es de su competencia pronunciarse de oficio sobre la existencia/validez del convenio arbitral.

Es importante señalar que la parte podrá alegar la falta de competencia del tribunal arbitral antes de que se presente la contestación a la demanda. No obstante, el tribunal arbitral puede aceptar estas alegaciones fuera de plazo cuando lo considere oportuno. El hecho de haber elegido al árbitro o haber participado en su elección no priva a la parte involucrada del derecho de alegar la falta de competencia del tribunal arbitral.

La decisión del tribunal arbitral sobre su competencia se remite en forma de laudo. En caso de que se declare incompetente, las partes tendrán que acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver el asunto o, en su caso, subsanar los defectos que tuviera el convenio arbitral para poder someterse a arbitraje nuevamente. Cuando el tribunal arbitral se declarara competente, éste podrá resolverlo mediante un laudo incidental o final (al resolver sobre el fondo del asunto). En el primer caso, cualquiera de las partes puede acudir al juzgado competente[33] (en un plazo de 30 días desde la recepción de la notificación del laudo incidental) para que éste se pronuncie sobre esta cuestión. Contra la decisión judicial no cabe recurso alguno. El laudo incidental no tiene efecto suspensivo, por lo que tribunal arbitral podrá continuar con el procedimiento y dictar un laudo mientras que el juzgado esté valorando la solicitud de la parte.

3.2. El tribunal arbitral

3.2.1. Composición del tribunal arbitral

El número de árbitros depende de la elección de las partes. Si éstas no acordaron nada al respecto, el tribunal arbitral se compone de tres árbitros en virtud del artículo 10 de la LACI. No obstante, el Reglamento precisa que la Comisión del MKAS puede decidir, en base a las circunstancias del caso y la cuantía del litigio (generalmente inferior a 25 mil dólares), que el caso se resuelva por un único árbitro.

Salvo acuerdo en contrario, el árbitro puede tener cualquier nacionalidad. Es importante señalar, que no se exige la titulación en derecho.

---

[33] Tienen competencia territorial los juzgados de lo mercantil de primera instancia (en Rusia, se denominan juzgados de arbitraje) de la comarca en la que el laudo fuera dictado (Rusia es un estado federal compuesto por repúblicas, regiones, regiones autónomas, distritos autónomos, y ciudades autónomas).

3.2.2. Constitución del tribunal arbitral

Las partes pueden acordar el procedimiento para la designación del árbitro (árbitros).

En ausencia de pacto, cuando se acuerde que el tribunal se componga de tres árbitros, cada parte selecciona a un árbitro, y a su vez estos dos árbitros nombran al tercero.

El árbitro será nombrado por la Comisión del MKAS, a instancia de parte, en los siguientes casos:[34]

- Si cualquiera de las partes en un plazo de 30 días (contados desde la recepción de la petición de la otra parte) no nombra al árbitro o si los dos árbitros elegidos por las partes en este mismo plazo (a contar desde el momento de su designación) no llegan a un acuerdo en cuanto al tercer árbitro.
- Cuando las partes hayan previsto que sus controversias han de resolverse por un único árbitro y no lleguen a un acuerdo en cuanto a su persona.

Cualquiera de las partes puede solicitar a la Comisión del MKAS la adopción de las medidas necesarias (salvo que el acuerdo sobre el procedimiento de designación prevea otros métodos para la realización del nombramiento) en los siguientes supuestos:[35]

- Si una de las partes incumple el procedimiento acordado mutuamente.
- Cuando las partes o los árbitros no puedan alcanzar un acuerdo dentro del marco del procedimiento establecido.
- Cuando un tercero (incluso una institución) no cumpla cualquiera de sus funciones previstas en el procedimiento acordado.

Hay que tener en cuenta que las decisiones del presidente sobre los casos arriba especificados no pueden ser recurridas.

A la hora de designar al árbitro la Comisión del MKAS toma en consideración cualquier observación de las partes en cuanto a la cualificación del árbitro. Con el fin de garantizar la independencia y la imparcialidad del árbitro (cuando se trate de un único árbitro) se da prioridad a los árbitros de nacionalidad distinta a las de las partes.

3.2.3. Independencia e imparcialidad de los árbitros

La ley de arbitraje prevé que los árbitros tienen que ser independientes e imparciales. Así, en caso de ser preseleccionado como árbitro, la persona en cuestión tiene que co-

[34] Art. 11.3 de la LACI.
[35] Art. 11.4 de la LACI.

municar cualquier circunstancia que pueda arrojar dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia. Dicha responsabilidad se mantiene a lo largo del proceso arbitral. Las Reglas sobre Imparcialidad e Independencia de los Árbitros[36] especifican el concepto de la imparcialidad e independencia, señalando las circunstancias claramente incompatibles con el desempeño de la función del árbitro y determinando aquellas que requieren ser reveladas. De este modo, se considera que un árbitro es independiente cuando entre él y las partes, sus representantes, peritos, asesores o testigos durante el proceso arbitral (o con anterioridad razonable al mismo) no existan relaciones de tipo personal, mercantil o profesional. Constituye un hecho dudoso el que los miembros del tribunal arbitral sean familiares o tengan una relación jerárquicamente dependiente. En cuanto a la imparcialidad, la misma consiste en que el árbitro no tenga un interés personal, ya sea directo o indirecto, en la resolución del conflicto y tampoco tenga perjuicios respecto de alguna de las partes, sus representantes, peritos, asesores o testigos.

3.2.4. Recusación de los árbitros

La recusación de los árbitros está regulada en los artículos 12 y 13 de la LACI. El recurso de recusación contra el árbitro sólo puede ser presentado cuando existan circunstancias que hagan dudar sobre su independencia o imparcialidad[37] o que su cualificación no corresponda con la acordada por las partes.

La parte podrá recusar al árbitro que haya nombrado o en cuyo nombramiento haya participado sólo cuando lo haga en base a las razones que le fueran conocidas después del nombramiento.

El procedimiento de recusación puede ser acordado por las partes. A falta de pacto, la parte interesada tiene que presentar el recurso de recusación por escrito, especificando los motivos, en un plazo de 15 días desde que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de circunstancias descritas en el párrafo primero de este epígrafe.[38]

Sí el árbitro recusado no dimite o la otra parte no está de acuerdo con la recusación, la decisión se toma por el tribunal arbitral.

Cuando el recurso de recusación no haya sido estimado, la parte interesada en el plazo de 30 días (desde la recepción de la denegación de la recusación solicitada)

---

36 Orden n.º 39 del Presidente de la Cámara de Comercio de Rusia de 27 de agosto de 2010.

37 Para más detalle, véase el apartado precedente.

38 Asimismo, el recurso de recusación podrá ser presentado de oficio por la Corte Internacional de Arbitraje Comercial.

presentar la petición de recusación ante la Comisión del MKAS. Esta última decisión no es recurrible.

Es importante señalar que hasta que se tome una decisión sobre la solicitud presentada, el tribunal arbitral, incluido el árbitro contra el que se haya presentado el recurso de recusación, podrá continuar con el arbitraje y emitir el laudo.

3.3. El procedimiento arbitral

Según el artículo 21 de la LACI, a falta de pacto, el procedimiento arbitral comienza con la recepción de la demanda arbitral por parte del demandado[39] A su vez, el Reglamento precisa que el comienzo del arbitraje corresponde con la presentación de la demanda en la Corte de Arbitraje Comercial Internacional.[40] En este sentido, cabe señalar que hasta que el demandante no abone las tasas regístrales la demanda no se considera presentada.

Las partes podrán acordar un idioma (idiomas) a utilizar durante el proceso arbitral. A falta de precisión el idioma elegido se aplicará a todas las comunicaciones (escritas) entre las partes y entre las partes y el tribunal arbitral, así como a las audiencias. Si las partes no se han puesto de acuerdo en cuanto al idioma, el proceso arbitral se desarrollará en ruso. De acuerdo con lo establecido en el Reglamento, la documentación ha de ser presentada en el idioma oficial del arbitraje o en el idioma del contrato, o bien en el idioma de la correspondencia entre las partes. Las pruebas escritas se presentan en su versión original. No obstante, la Corte de Arbitraje Comercial Internacional podrá solicitar (de oficio o a instancia de parte) la traducción de la documentación aportada, por lo que es mejor presentar todos los papeles en el idioma oficial del arbitraje a fin de evitar retrasos innecesarios.

Las partes pueden decidir libremente sobre el lugar dónde se celebrará el arbitraje físicamente. El laudo se considerará dictado en la sede formal independientemente del sitio donde hayan sido realizadas las actuaciones de hecho.

El Reglamento señala que el laudo final tiene que ser emitido en un plazo no superior a 180 días desde la formación del tribunal arbitral. No obstante, la Comisión del MKAS puede prolongar este plazo por iniciativa propia o a instancia de los miembros del tribunal arbitral. El laudo definitivo es obligatorio y ha de ejecutarse de forma voluntaria en el plazo especificado (en defecto de plazo, la ejecución debe realizarse de forma inmediata). Si el laudo no se cumpliera en este plazo, sería nece-

---

[39] Ver art. 3 de la LACI.

[40] En caso de presentación de la demanda por correo, la fecha del inicio del arbitraje es la del sello postal de salida.

sario proceder a la ejecución forzosa del mismo. Para ello, la parte interesada tiene que presentar la solicitud de título ejecutivo en el juzgado de lo mercantil de primera instancia de la comarca donde radique el domicilio del deudor o, en caso de que éste se desconozca, donde radiquen sus bienes. Las principales fases de arbitraje son las siguientes:

- Presentación de la demanda arbitral;
- Contestación a la demanda (en un plazo máximo de 30 días desde la recepción de la copia de la demanda);
- Audiencia;
- Laudo final.

3.3.1. Ley aplicable al procedimiento arbitral

Si las partes no han elegido una ley aplicable al procedimiento arbitral, será de aplicación el Reglamento (la aplicación de la *lex arbitri* es un resultado tradicional en derecho internacional privado a falta de acuerdo entre las partes). En cuanto a los supuestos no cubiertos por el Reglamento, MKAS aplicará las normas que considere oportunas respetando el principio de igualdad de las partes y ofreciendo a cada una las oportunidades necesarias para defender sus intereses. En la práctica, los árbitros aplican las normas del CPA.

3.3.2. Igualdad de partes y derecho a ser oído

El procedimiento arbitral está basado en los principios de igualdad y contradicción.

Las partes tienen que ser tratadas de forma equitativa[41] y para eso todas las solicitudes, documentación y cualquier otra información presentada por una de las partes tienen que ser trasladada a la otra parte. Asimismo, las partes recibirán todos los informes periciales u otros documentos que tengan valor probatorio y en los que el tribunal arbitral puede basarse para dictar el laudo.

El derecho a ser oído se manifiesta a través de que el tribunal arbitral tiene la obligación de convocar audiencia cuando lo solicita cualquiera de las partes, salvo acuerdo en contrario

[41] En este sentido parece interesante mencionar el auto del Tribunal Superior de lo Mercantil n.º 4325/10 de 20 de julio de 2010 que determinó que se vulneró el principio de igualdad cuando uno de los árbitros no fue sustituido al fallecer y el laudo se dictó por el árbitro elegido por la otra parte y el presidente del tribual. El laudo dictado por el MKAS fue anulado en base al art. 233.3.2 del CPA (laudo contrario a los principios fundamentales del derecho ruso).

3.3.3. Pruebas

El Reglamento especifica que las partes tienen que probar la base de sus pretensiones. El tribunal arbitral, por su parte, tiene derecho a solicitar cualquier otra prueba que estime conveniente, ordenar pruebas periciales y citar testigos.

En virtud del art. 23 de la LACI las partes pueden adjuntar las pruebas a sus escritos (demanda y contestación) o hacer una referencia a ellas y aportarlas con posterioridad. Según el Reglamento, las pruebas escritas pueden ser aportadas como originales o copias certificadas.

El tribunal arbitral o las partes (con la aprobación del tribunal arbitral) pueden solicitar ayuda para la obtención de pruebas al juzgado competente.[42]

La comprobación de las pruebas se realiza en base al procedimiento establecido por el tribunal arbitral. La admisión y la valoración, de las pruebas se basan en el criterio de los árbitros. Según el art. 64 del CPA, se admiten como pruebas el testimonio de las partes y terceros, las declaraciones de testigos, la documentación escrita, los objetos materiales, grabaciones de audio y video, informes periciales y otros documentos.

La falta de presentación de pruebas[43] no constituye un obstáculo para seguir con el procedimiento arbitral y emitir un laudo en base a las pruebas existentes.

3.4. Medidas cautelares

Las partes pueden solicitar al juzgado la adopción de medidas cautelares con la anterioridad o durante el procedimiento arbitral.[44] El Reglamento (párrafo 36.4) exige a la parte solicitante comunicar de inmediato al tribunal arbitral tanto la solicitud como la adopción de las medidas cautelares por parte del juzgado.

Para ello, la parte interesada puede acudir al juzgado de lo mercantil de primera instancia radicado en el lugar de la sede del tribunal arbitral, en el lugar del domicilio del deudor o donde radiquen los bienes del deudor.

Asimismo, las partes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares al tribunal arbitral, pero sólo una vez iniciado el procedimiento.

---

42 Juzgado de lo Mercantil de Primera Instancia radicado en el lugar de la sede del tribunal arbitral o en el lugar del domicilio del deudor.

43 El plazo para su presentación se establece por el tribunal arbitral.

44 Art. 9 de la LACI.

3.4.1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares de los tribunales estatales y arbitrales

El tribunal arbitral (salvo el acuerdo en contrario de las partes) a petición de una de las partes puede ordenar la adopción de medidas cautelares que estime convenientes para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en caso del laudo estimatorio. Asimismo, puede exigir de cualquiera de las partes la presentación de garantías (consignación, garantía bancaria, etc.) en relación con las medidas cautelares.[45]

A pesar de que no cabe duda en cuanto a la competencia de los tribunales arbitrales de dictar medidas cautelares, la realización y, por tanto, efectividad de las mismas queda sujeta a la buena fe de las partes, ya que en Rusia no existe mecanismo legal para su ejecución forzosa.

El proyecto de ley mencionado anteriormente en el pie de página 11 de este artículo establece la competencia de los tribunales arbitrales en el ámbito de aplicación de medidas cautelares. Entre las novedades propuestas destaca la posibilidad de que el juzgado estatal adopte medidas cautelares independientemente del país de la sede del arbitraje, así como la posibilidad de tramitar las medidas cautelares ante el tribunal arbitral con anterioridad a la presentación de la demanda arbitral. En la primera versión del citado proyecto figuraba la obligación de los tribunales estatales de reconocer y ejecutar la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral de cualquier Estado.[46] Sin embargo, el Tribunal Superior de lo Mercantil se opuso, por lo que la versión actual no se pronuncia en cuanto al mecanismo de ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral extranjero.

3.4.2. Condiciones para la obtención de medidas cautelares

Para ser efectiva la solicitud de medidas cautelares tiene que cumplir ciertos requisitos formales, tales como ser firmada por la parte instante (o su representante) y contener los siguientes extremos:

1) Identificación del juzgado de lo mercantil al que va dirigida la solicitud;
2) Identificación de las partes y sus domicilios;
3) Objeto del litigio;
4) Cuantía del litigio;
5) Motivos de la solicitud de medidas cautelares;

---

[45] Art. 17 de la LACI.

[46] Esta iniciativa está basada en el art. 17.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.

6) Identificación de la medida cautelar solicitada.

Asimismo, es necesario presentar el justificante de pago de la tasa estatal por valor de 2.000 rublos (50 euros).[47] Además, es obligatorio presentar la demanda arbitral certificada por el presidente de la Corte de Arbitraje (o su copia notarial), así como la copia notarial del acuerdo arbitral.

En caso de no cumplir con alguno de los requisitos, el juzgado devuelve la solicitud al interesado para la subsanación de defectos.

Por otra parte, el juzgado puede denegar la solicitud en base a la no existencia de las circunstancias que indiquen que la no adopción de las medidas cautelares puede causar serios perjuicios a los intereses del solicitante. No obstante, el juzgado no podrá denegar la solicitud si la parte solicitante ha prestado la caución (consignación, garantía bancaria, etc.).

3.4.3. Tipos de medidas cautelares

El CPA[48] prevé las siguientes medidas cautelares:

a) Embargo de bienes del deudor (cuentas bancarias incluidas);

b) Prohibición de manipulación del objeto de litigio por parte del deudor o terceros;

c) Obligación del deudor de adoptar medidas especiales con el fin de conservar los bienes objeto de litigio;

d) Transmisión provisional del objeto de litigio al acreedor con el fin de su conservación;

e) Paralización de ejecución contra la que se opone el demandado.

Asimismo, el juzgado puede adoptar otras medidas, incluso varias medidas a la vez.

3.4.4. Recurso contra medidas cautelares

En caso de estimar la solicitud, el juzgado remite las copias del auto acordando las medidas cautelares de inmediato (a más tardar, el día siguiente de la emisión del auto) a las partes interesadas. Si el auto es desestimatorio, sólo se notifica al solicitante.

---

47 Art. 333.21.1 (8) del Código Tributario ruso.

48 Art. 91 del CPA.

En ambos casos contra el auto cabe el recurso de apelación que ha de ser presentado ante el mismo juzgado[49] en un plazo máximo de un mes[50] desde la fecha del auto. El juez del juzgado de apelación, mediante auto, toma la decisión sobre la admisión del recurso en un plazo máximo de 5 días desde su recepción. En este mismo plazo se notifica el auto a las partes. Tras la admisión del recurso el juzgado tiene dos meses (contados desde la entrada del recurso al juzgado)[51] para valorar y decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares ordenadas por el juzgado de primera instancia (o en su caso, procedencia de la desestimación de las mismas).[52] Hay que tener en cuenta que la presentación del recurso no paraliza la ejecución del auto.

Caben tres posibilidades:

- Desestimación del recurso de apelación;
- Derogación del auto, objeto de apelación y remisión del caso para nueva valoración al juzgado de primera instancia;
- Derogación total o parcial del auto en cuestión y emisión de un nuevo auto estimatorio del recurso de apelación.

Si se estima el recurso, se dictará un auto que se considerará firme desde su emisión.[53] El auto será notificado a las partes en un plazo de cinco días. Contra el mismo cabe recurso de casación que tiene que ser presentado en un plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor del auto[54] (en este caso la entrada en vigor coincide con la fecha de emisión) a través del juzgado de apelación. La decisión del juzgado de casación puede ser recurrida mediante el recurso de revisión en un plazo de tres meses desde su firmeza[55] (coincide con la fecha de emisión) ante el Juzgado Superior de lo Mercantil.[56] La decisión de este último no puede ser recurrida, es firme desde el

[49] El juzgado de primera instancia tiene que remitir el recurso de apelación al juzgado de apelación en un plazo no superior a 3 días desde la recepción del mismo (art. 257.2 del CPA en conexión con el art. 272.2 de la misma Ley).

[50] Art. 188.3 del CPA en conexión con el art. 272.1 de la misma Ley.

[51] Al cómputo de este plazo se añade el tiempo que falte para la expiración del plazo de presentación del recurso de apelación (es decir, el plazo se calcula a partir de la expiración del plazo para recurrir). Por ejemplo, si el recurso de apelación fue presentado a los 15 días de la emisión del auto, el juzgado de apelación tiene 2 meses y 15 días para contestar.

[52] Art. 267.1 del CPA.

[53] Art. 271.5 del CPA.

[54] Art. 276 del CPA.

[55] Art. 292.3 del CPA.

[56] El Juzgado Superior de lo Mercantil es el tribunal supremo de ámbito federal en el sistema de los juzgados mercantiles.

momento de su emisión. Esta decisión es susceptible de ser publicada en el Noticiario del Juzgado Superior de lo Mercantil a través de Internet.[57]

3.4.5. Ejecución de medidas cautelares en Rusia

Actualmente, únicamente son susceptibles de ejecución forzosa las medidas cautelares dictadas por un juzgado nacional.

El procedimiento es el siguiente: el juez valora la solicitud de inmediato (a más tardar el día siguiente de su presentación) sin citar a las partes y en caso de estimar la solicitud emite un auto acordando la adopción de medidas cautelares. El auto se ejecuta de inmediato.[58]

Para las medidas cautelares ordenadas por los tribunales arbitrales, tanto nacionales como extranjeros, así como por los juzgados extranjeros[59] no cabe la ejecución forzosa.

3.5. Derecho aplicable al fondo del asunto

El fondo del asunto se resuelve de acuerdo con la ley elegida por las partes (ley aplicable al contrato).[60] En ausencia de pacto, el tribunal arbitral determina la ley en base a las normas de conflicto que estime oportunas. En todo caso el tribunal toma en con-

---

57 Art. 307 del CPA.

58 Art. 96.1 del CPA.

59 De acuerdo con lo expuesto en el párrafo 33 de la Resolución n.º 55 del Pleno del Tribunal Superior de lo Mercantil de la Federación Rusa (Resolución n.º 55, de 12 de octubre de 2006 sobre Aplicación de Medidas Cautelares por los Juzgados de lo Mercantil), las decisiones judiciales ordenando las medidas cautelares de los juzgados extranjeros no son susceptibles de reconocimiento y ejecución forzosa en el territorio de la Federación Rusa dado que no son resoluciones definitivas dictadas en un proceso basado en la contradicción.

60 Si las partes acuerdan aplicar la legislación nacional de algún país cuyas normas del derecho internacional privado prevén la aplicación de la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980) y no excluyen expresamente la aplicación de la misma, los tribunales arbitrales, como regla general, aplican la Convención de Viena y sólo de forma subsidiaria la ley nacional propiamente dicha. La base de esta aplicación es el art. 15.4 de la Constitución de la Federación Rusa que sitúa los acuerdos internacionales por encima de la legislación nacional. No obstante, existen excepciones: en determinados supuestos cuando, por ejemplo, ambas partes o una de ella no acudan a la audiencia, o cuando existan contradicciones entre sus versiones en cuanto a la ley aplicable, el tribunal áarbitral puede interpretar la elección de la ley nacional como exclusión tácita de la Convención.
Asimismo, cabe señalar que si el contrato contiene términos reconocidos en el comercio internacional (ej., INCOTERMS) sin referencia a otras normas, se considera que el contrato se rige por los usos de comercio comprendidos bajo estos términos.

sideración las condiciones del contrato, así como los usos y costumbres de comercio internacional. Si los acuerdos internacionales entre los países cuyos ciudadanos estén implicados en un arbitraje contienen normas materiales aplicables a una determinada relación jurídica, la misma se resolverá de acuerdo con ellas sin necesidad de recurrir a normas de conflicto.[61]

De este modo, se puede decir que los tribunales arbitrales rusos siguen un orden a la hora de determinar la ley aplicable al fondo del asunto:

a) Elección de la partes;

b) Acuerdos internacionales;

c) Normas de conflicto contenidas en el Código Civil ruso.

En la práctica, si las partes no han seleccionado la ley aplicable al contrato y no existen acuerdos internacionales que regulen la materia en cuestión, los árbitros suelen aplicar las normas de conflicto previstas en la legislación rusa: art. 1211 del Código Civil que establece que a falta de pacto se aplica la ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos. Se considera que el país más vinculado al contrato es aquel donde tenga su residencia habitual/actividad principal la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. El citado artículo establece las presunciones para 19 contratos básicos. Así, en el contrato de compraventa, en defecto de elección, se aplica la ley del país de la residencia habitual del vendedor; en el de transporte, la ley del país del transportista; en el de agencia, la ley del país del agente.

No obstante, si el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del que sugieren dichas normas, se regirá por la ley de dicho país.

3.5.1. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

El art. 1210.5 del Código Civil establece que si del conjunto de las circunstancias existentes en el momento de la elección de la ley aplicable se deriva que el contrato sólo tiene vínculo con un único país, la elección del derecho de otro país no puede interferir con las normas imperativas del país vinculado. Teniendo en cuenta que los contratos relacionados con terrenos, yacimientos y otros inmuebles situados en el territorio de la Federación Rusa se rigen por el derecho ruso,[62] si el contrato únicamente está vinculado a Rusia, las partes no podrán cambiar la ley aplicable.

---

61 Art. 1186.3 del Código Civil.

62 Art. 1213 del Código Civil.

Por otra parte, la voluntad de las partes no se extiende a determinados ámbitos, por ejemplo, la legislación en materia aduanera, sobre el control de cambios, sobre la competencia o la de certificación no puede ser elegida por las partes.

3.6. El laudo

El procedimiento arbitral finaliza con la emisión del laudo final. Según el Reglamento, el laudo final tiene que ser emitido en un plazo no superior a 180 días desde la formación del tribunal arbitral.

Existen dos tipos de laudos finales, ostentando la misma fuerza legal: el acuerdo por la decisión de las partes (en cuyo caso tiene que constar expresamente que se trata de un pacto de mutuo acuerdo) y el laudo adoptado por el tribunal arbitral. En ambos casos, el laudo tiene que cumplir unos requisitos de forma y de fondo.

El laudo tiene que constar por escrito y estar firmado por el árbitro o por los árbitros en caso de la decisión colegiada (en cuyo caso es suficiente que esté firmado por la mayoría de los árbitros, pero con la condición de que la causa de la falta del resto de firmas esté especificada).

El laudo tiene que ser motivado, contener una conclusión en cuanto a la estimación/desestimación de las pretensiones de las partes, así como indicar la tasa arbitral y los costes asociados al procedimiento y su distribución entre las partes.

Tiene que constar la fecha y el lugar de la emisión del laudo.

Cada parte recibirá una copia del laudo firmada en las condiciones arriba referenciadas.

3.6.1. Corrección del laudo

Las partes tienen 30 días desde la recepción del laudo para solicitar al tribunal arbitral la corrección de errores de cálculo, tipográficos y otras faltas de semejante naturaleza o, si las partes se han puesto de acuerdo, cualquiera de ellas (tras avisar a la otra) puede solicitar la aclaración de algún punto o de una parte del laudo.

En caso de estimar la petición, el tribunal arbitral corregirá los errores y, en su caso, introducirá las aclaraciones en un plazo de 30 días[63] desde su recepción. Las aclaraciones introducidas pasan a formar parte del laudo.

---

[63] En caso de necesidad este plazo puede ser ampliado por el tribunal arbitral.

Asimismo, en el mismo plazo las partes podrán solicitar al tribunal arbitral que se pronuncie sobre las pretensiones declaradas por las partes, pero no cubiertas en el laudo. El tribunal arbitral a su vez, en caso de estimar la petición, tiene que emitir un laudo complementario en un plazo de 60 días[64] desde la recepción de la misma.

También cabe la corrección de oficio de errores tipográficos o de cálculo en un plazo de 30 días a contar desde la fecha del laudo.

Las correcciones, aclaraciones y las decisiones complementarias tienen que cumplir con los requisitos establecidos para el laudo arbitral descritos anteriormente.

3.7. Recursos contra el laudo

El único recurso contra el laudo previsto por la ley es el recurso de anulación que tiene que ser presentado ante un juzgado competente.[65]

3.7.1. Recurso de anulación

a. Procedimiento

La parte interesada dispone de un plazo de 3 meses desde la recepción del laudo para interponer el recurso de anulación ante el juzgado competente (en caso de aclaración, corrección o de un laudo complementario el plazo empieza a contar desde la emisión de los mismos). La tramitación del recurso exige el abono de la tasa estatal por valor de 2.000 rublos (50 euros).[66]

El juzgado que tramite el recurso de anulación, si lo considera oportuno, a petición de una de las partes puede interrumpir por tiempo determinado el procedimiento judicial para dar la oportunidad al tribunal arbitral a subsanar los defectos del laudo.

La solicitud de anulación del laudo extranjero se estudia por un único juez en un plazo no superior a tres meses desde su entrada al juzgado.

El juzgado notifica a las partes sobre el lugar y la hora de la audiencia. La no asistencia de las partes debidamente notificadas no obstaculiza la celebración de la audiencia.

---

64 Este plazo, al igual que el anterior, es susceptible de prórroga.

65 Tienen competencia territorial los juzgados de lo mercantil de la comarca en la que el laudo fuera dictado. Véase art. 31 y 230 del CPA.

66 Art. 333.21.1 (10) del Código Tributario de Rusia.

El juez no puede entrar a valorar el fondo del asunto,[67] tan sólo se comprueba la ausencia/existencia de los supuestos de anulación citados en el art. 34.2 de la LACI.

El procedimiento finaliza con la emisión de un auto que estima/desestima la solicitud. Contra este auto cabe recurso de casación que tiene que ser presentado en un plazo de un mes desde la emisión del mismo.[68] La decisión del juzgado de casación puede ser recurrida mediante el recurso de revisión en un plazo de 3 meses desde su firmeza[69] (coincide con la fecha de emisión). El recurso de revisión pone fin al procedimiento, la decisión dictada por el Juzgado Superior de lo Mercantil no puede ser recurrida, es firme desde el momento de su emisión. Esta decisión es susceptible de ser publicada en el Noticiario del Juzgado Superior de lo Mercantil a través de Internet.[70]

Cabe señalar, que en determinados casos en Rusia se puede tramitar la anulación de laudos dictados en otros países basados en la legislación rusa.[71] Esta regla fue inspirada en el punto 1 del artículo IX de la Convención de Ginebra 1961 (de la que Rusia es parte) que contempla el supuesto de anulación del laudo extranjero en el país cuyas normas se hayan aplicado. La aplicación de este artículo procede cuando tanto el país de origen del laudo como el país donde se pretende la anulación (en base a la aplicación de sus leyes) son partes de la Convención de Ginebra 1961.[72]

b. Motivos

Los motivos de la anulación están tasados en el art. 34.2 de la Ley y son los siguientes:

I. Cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

---

67 La imposibilidad de volver a valorar el fondo del asunto está fijada en el párrafo 12 de la Circular informativa de 22 de diciembre de 2005, n.º 96 emitida por el Juzgado Superior de lo Mercantil de Rusia. El razonamiento del Tribunal se basa en el art. 46.1 de la Ley Federal de Tribunales de lo Mercantil de la Federación Rusa que prohíbe la nueva valoración de circunstancias determinadas por el tribunal arbitral y en el art. 233 del CPA que establece un listado exhaustivo de motivos por los que un laudo puede ser anulado.

68 Art. 234.5 del CPA.

69 Art. 292.3 del CPA.

70 Art. 307 del CPA.

71 Art. 230.5 del CPA.

72 En este sentido resulta interesante mencionar el Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 30 de marzo de 2004, n.º 15359/03 (sobre el caso n.º A08-7941/02-18) que desestima el recurso de anulación presentado en contra del laudo dictado en Suiza por un tribunal arbitral *ad-hoc* en base a que Suecia no es miembro de la Convención de Ginebra. Citado en el párrafo 10 de la Circular informativa de 22 de diciembre de 2005, n.º 96 emitida por el Tribunal Superior de Arbitraje de Rusia.

a) Que una de las partes del convenio arbitral no tenía capacidad para concluirlo[73] o el convenio es nulo en base a la ley elegida por las partes o, en su defecto, en base a la legislación rusa.
b) Que una de las partes no haya sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.[74]
c) Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.[75]
d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la LACI o, a falta del acuerdo, que no se han ajustado a la LACI.

II. Cuando un juez determine:
a) Que el objeto del litigio no es susceptible de arbitraje de acuerdo con la legislación rusa.
b) Que el laudo es contrario al orden público ruso.[76]

3.7.2. Recurso de revisión

La legislación rusa sobre el arbitraje no prevé la posibilidad de presentar un recurso de revisión contra el laudo. La misma postura está reflejada en la jurisprudencia.[77]

---

73 Véase el pie de página 21.

74 Salvo pacto en contrario, cualquier comunicación escrita se considera recibida el día que se entregue al destinatario personalmente o en su establecimiento mercantil, domicilio habitual o dirección postal. Cuando éstos se desconozcan y no resulta posible su averiguación, se consideran recibidas cuando han sido enviados con acuse de recibo a la última dirección conocida (domicilio, establecimiento mercantil, dirección postal). Art. 3 de la LACI.

75 Si la parte del laudo que resuelve sobre cuestiones no sometidas al arbitraje puede ser separada, cabe la posibilidad de que sólo se anule esta parte.

76 El concepto de orden público no está definido en el ordenamiento jurídico ruso, en consecuencia no hay uniformidad jurisprudencial lo que, a su vez, genera bastante incertidumbre. La amplitud de la interpretación del concepto del orden público (el Juzgado Federal de lo Mercantil de la región de Volga-Vyatka en su Auto n.° A43-10716/02-27-10isp de 17 de febrero de 2003 denegó el reconocimiento y ejecución del laudo considerando que la excesiva onerosidad de la obligación impuesta por un tribunal arbitral contradice al principio de la justicia y, por ende, es contraria al orden público), la imposibilidad de revisión del fondo del asunto al amparo de la infracción del orden público, la imposibilidad de alegar la infracción del orden público por el laudo dictado de acuerdo con las normas materiales del país en el que se insta su reconocimiento y ejecución son los aspectos más polémicos en el panorama jurisprudencial ruso.

77 Párrafo 30 de la Circular Informativa del Tribunal Superior de lo Mercantil, del 25 de diciembre de 2005, n.° 96 que señala que no cabe la revisión del fondo de laudos. En esta misma línea, el Auto del juzgado mercantil de apelación n.° 10, del 17 de mayo de 2011, sobre el caso n.° 41-10950/08.

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Los laudos extranjeros se consideran válidos en el territorio de la Federación Rusa independientemente del país de origen. Para que el laudo surta sus efectos (el ejecutivo, el de la cosa juzgada o el constitutivo) es necesario superar el proceso de reconocimiento y ejecución (en adelante, exequátur).

La solicitud de exequátur del laudo extranjero tiene que presentarse por la parte interesada en el juzgado de lo mercantil de primera instancia de la comarca donde radique el domicilio del deudor o en caso de que éste se desconozca, donde radiquen sus bienes.[78]

La solicitud ha de ser acompañada por el laudo original debidamente compulsado[79] (o por su copia certificada) y por el acuerdo arbitral original (o por su copia certificada). Si estos documentos están en un idioma extranjero el interesado tiene que aportar su traducción jurada al ruso. Asimismo, es necesario abonar la tasa estatal por valor de 2.000 rublos (50 euros).[80]

La solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero se estudia por un único juez en un plazo no superior a tres meses desde su entrada al juzgado.

El juzgado notifica a las partes sobre el lugar y la hora de audiencia. La no asistencia de las partes debidamente notificadas[81] no obstaculiza la celebración de la audiencia.

El juez no puede entrar en el fondo del asunto, tan sólo se comprueba la ausencia/existencia de los supuestos que imposibilitan el reconocimiento y la ejecución del laudo citados en el art. 36 de la LACI.

En determinados casos el reconocimiento o la ejecución de laudo extranjero pueden ser denegados:

> Si la parte contra la que se haya dictado el laudo alega y prueba ante el juzgado competente (el juzgado en el que se está tramitando la solicitud de

78 Art. 38.9 del CPA.

79 En Rusia, como en otros países miembros del Convenio de la Haya (de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros), se utiliza legalización simplificada de la documentación extranjera: la apostilla de la Haya.

80 Art. 333.21.1 (11) del Código Tributario de Rusia.

81 Para las notificaciones en el extranjero se aplica el Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de 1965.

reconocimiento y ejecución del laudo en cuestión) unos de los siguientes argumentos:

a) Una de las partes del convenio arbitral no tenía capacidad para concluirlo;
b) El convenio es nulo en base a la ley elegida por las partes o, en su defecto, en base a la legislación del país donde el mismo fuera dictado;
c) No haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
d) Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.[82]
e) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a la *lex arbitri*.
f) El laudo aún no es firme, ha sido anulado o su ejecución ha sido paralizada por el juzgado del país de su emisión o del país de acuerdo con cuya legislación éste ha sido dictado.

Asimismo, el exequátur puede ser denegado de oficio cuando el juzgado que lo tramite determine que:

a) El objeto de la controversia no es arbitrable conforme a las leyes de la Federación Rusa;

b) El reconocimiento y la ejecución del laudo van en contra del orden público de Rusia.

En la práctica, no todos los motivos alegados y probados por las partes se interpretan por los juzgados estatales en Rusia como absolutamente impeditivos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Así, los motivos reflejados en los puntos a), b), d), e) sólo impiden el reconocimientos y la ejecución del laudo cuándo se pruebe el hecho de que estos motivos ya habían sido instados en el procedimiento de anulación en el país de origen del laudo.[83]

El procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero finaliza con la emisión de un auto que reconoce/deniega la solicitud. Contra este auto cabe recurso de casación que tiene que ser presentado en un plazo de un mes desde la

[82] Si la parte del laudo que resuelve sobre cuestiones no sometidas al arbitraje puede ser separada, cabe la posibilidad del reconocimiento y la ejecución parcial.

[83] Informe analítico publicado por los especialistas de la base jurídica www.consultant.ru, 25 de agosto de 2011 sobre Auto del Juzgado Superior de lo Mercantil de 14 de junio de 2011, n.° 1787/11 (sobre el caso A40-4113/10-25-33).

emisión del auto.[84] A su vez la decisión adoptada por el juzgado de casación puede ser recurrida por vía del recurso de revisión ante el Juzgado Superior de lo Mercantil. La decisión emitida por el Juzgado Superior de lo Mercantil no puede ser recurrida, es firme desde el momento de su emisión. Esta decisión es susceptible de ser publicada en el Noticiario del Juzgado Superior de lo Mercantil a través de Internet.[85]

La ejecución forzosa de un laudo extranjero se realiza en base a un título ejecutivo emitido por el juzgado que estimara la solicitud de reconocimiento y ejecución. El plazo para tramitar la ejecución forzosa caduca a los tres años[86] desde la firmeza del laudo.

V. Conclusiones

Han pasado 18 años desde la aprobación de la LACI. Durante este período la interpretación de tales aspectos como la ley aplicable al contrato, a la cláusula arbitral, así como al procedimiento arbitral a falta de elección de las partes, adquirió cierta uniformidad de acuerdo con la postura internacional. Asimismo, se han fijado de forma sólida principios como el de la autonomía de la voluntad, *kompetenz-kompetenz*, separabilidad del convenio arbitral, imposibilidad de revisión del fondo de laudo. Todo eso, junto con la propuesta de reforma de la LACI, indica que Rusia es un país que ha adoptado una postura pro-arbitraje. Sin embargo, para hablar de una actitud pro-arbitraje al 100% es demasiado pronto. Hoy en día, constituyen los aspectos más controvertidos del arbitraje comercial internacional en Rusia los siguientes: indeterminación de los requisitos materiales de la validez del convenio arbitral, arbitrabilidad indefinida, inexistencia de los mecanismos de ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral o indeterminación del concepto del orden público.

Existen determinados matices a tener en cuenta:

1) Cuando la sede del arbitraje esté en el extranjero, mientras que el laudo tiene que ser ejecutado en Rusia:

- El laudo tiene que ser motivado y ser dictado de acuerdo con normas jurídicas, ya que un laudo dictado en equidad es incompatible con el orden público;

---

84 Art. 245 del CPA.

85 Art. 307 del CPA.

86 Una vez precluido el plazo sin presentar la instancia, a petición del interesado, éste puede ser ampliado, siempre que exista una causa justificada (causas ajenas al solicitante).

- Si la sede del arbitraje es un país miembro de la Convención de Ginebra 1961 y el laudo fuera dictado de acuerdo con las normas rusas, el laudo puede ser anulado en Rusia;
- Las medidas cautelares dictadas en el extranjero, ya sea en un tribunal arbitral o estatal no se ejecutan en Rusia;
- Si el deudor ha sido considerado insolvente en Rusia con anterioridad a que se dictara un laudo contra él, este laudo no podrá ser reconocido y ejecutado en la Federación de Rusia;
- No se requiere la representación procesal: las partes podrán comparecer ante los juzgados por sí mismas al amparo del art. 59.1 del Código Procesal de Arbitraje;
- El reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero se realiza en base a la Convención de Nueva York de 1958.

2) Cuando la sede de arbitraje esté en Rusia:

- Para entrar en Rusia es necesario disponer de visado;
- A falta de elección de la ley aplicable al convenio arbitral/procedimiento arbitral se aplicarán las normas rusas en calidad de *lex arbitri*;
- Los árbitros pueden tener cualquier titulación y nacionalidad;
- Las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral carecen del mecanismo de ejecución forzosa;
- No cabe el recurso de revisión.

Finalmente, es importante señalar que el arbitraje comercial internacional se encuentra en un proceso de formación y, por ende, está evolucionando de forma continua, por lo que todo lo anteriormente descrito es más bien un reflejo de la situación actual antes que un dogma.

VI. BIBLIOGRAFÍA

KARABEL'NIKOV, B.R. *Ejecución e Impugnación de laudos de arbitraje comercial internacional*. Statut, 2008.

LEBEDEV, S.N. *Selección de Monográficos.* Status, 2009.

ZHIL'TSOV, A.N. *Impugnación de laudos de arbitraje comercial internacional de acuerdo con la legislación rusa: tendencias actuales*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

KREINDLER, R. *Tratamiento del orden público transnacional por los árbitros.* Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

SADIKOV, O.N. *Litisconsorcio en el arbitraje comercial internacional*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

SLIPACHUK, T.V. *Convenio arbitral: problemas y tendencias de actualidad*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

JLESTOVA, I.O. *Cuestiones actuales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Rusia*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

BARDINA, M.P. *Derecho aplicable al fondo del asunto, práctica del MKAS*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

VILKOVA, N.G. *Usos comerciales en la práctica del MKAS*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

KOSTIN, A.A. *La Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley rusa de Arbitraje Comercial Internacional: análisis comparativo*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

Petrosyan, R.A. *Aplicación del Reglamento MKAS en combinación con la Ley rusa de Arbitraje Comercial Internacional.* Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

Rozenberg, M.G. *Correlación de acuerdos internacionales y legislación civil rusa en la práctica del MKAS*. Publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/practice/aboutpractice.

Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje Comercial aprobado por la Orden n.° 76, de 18 de octubre de 2005 (en redacción de 23/6/2010). Disponible en inglés en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/regleng.

Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 7 de julio de 1993, n.º 5338-1 (en redacción de 3/12/2008). Disponible en inglés en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/en/documents.

Código Procesal de Arbitraje de 24 de julio de 2002 (en redacción de 17/11/2005). Parcialmente disponible en inglés en la página web de la Cámara de Comercio de Rusia: http://www.tpprf-mkac.ru/en/documents.

Código Tributario (parte segunda) de 5 de agosto de 2000 (en redacción de 23/12/2009).

Código Civil (parte primera de 30 de noviembre de 1994 y tercera de 26 de noviembre de 2001).

Ley Federal de Insolvencia de 26 de octubre de 2002, n.º 127-FZ (en redacción de 18/07/2011).

Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006) de 1985.

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

Base de datos jurídica: www.consultant.ru.

Suecia (Sweden)

Erik Ficks

Summary: I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Sweden.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— B. International sources.— C. Role of EU law.— III. The election of Sweden as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. The doctrine of separability of the arbitration agreement.— 3. The doctrine of assertion.— 4. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 5. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Types of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators *(lois de police)*.— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards.— V. Conclusion.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Sweden

Arbitration has a long history in Sweden and is the preferred method for dispute resolution in commercial contracts. In 1734, the first major Statute Book was published in Sweden. The 1734 Enforcement Code contained a provision dealing with arbitration to the effect that if the parties had referred a dispute to entrusted persons and agreed to abide by their decision, such decision was enforceable.

However, the first comprehensive Arbitration Act in Sweden was not adopted until 1887. New statutes on arbitration were adopted in 1929. The 1929 arbitration legislation consisted of two Acts: one concerning domestic arbitration and one concerning international arbitration.

The Arbitration Act now in force is the 1999 Swedish Arbitration Act (*lagen om skiljeförfarande* SFS 1999:116) (the «SAA»), which governs both domestic and international arbitration. As from 1 April 1999, the SAA replaced the 1929 Act on Arbitrators (*lagen om skiljemän* SFS 1929:145) and the 1929 Act on Foreign Arbitration Agreements and Arbitral Awards (*lagen om utländska skiljeavtal och skiljedomar* SFS 1929:147). The reason for this revision was that during the last few decades Sweden had become the selected place of arbitration for a significantly increasing number of international arbitrations. Swedish legislators considered that the legitimate expectations and requirements of such users ought to be met by creating an efficient and easily comprehensible legislative framework for the resolution of disputes.[1] The SAA builds on domestic as well as international arbitration legislation and arbitration practice. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the «Model Law») has served as an important source of inspiration for the SAA, but does not qualify Sweden as a Model Law country. Certain provisions in the Act deviate from, and even contradict, the approach of the Model law.

The principal arbitration institute in Sweden, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the «SCC Institute»), was established in 1917. Even though the SCC Institute is part of the Chamber of Commerce, it has an independent status. The SCC Institute is widely used in both domestic and international arbitration. In the 1970s, the SCC's caseload started to grow significantly. An important factor in this development was the conclusion of an optional clause agreement for Soviet-American Contracts in 1977. The agreement designated Sweden as the place of arbitration for disputes between parties from the two countries [2].

In the past 35 years, Sweden has established itself as an important venue for international arbitration, especially in the field of East-West disputes (predominantly disputes involving parties from the former Soviet Union or China). Sweden has also become increasingly popular for international disputes between Western parties. Today the SCC Institute's work encompasses roughly 30 countries and has in recent years generated about 200 new arbitrations each year. About half of the arbitrations each year are international arbitrations. The SCC Institute is generally recognized as

1 *Regeringens proposition* 1998/99:35, p. 42.
2 *Regeringens proposition 1998/99:35*, p. 39.

one of the world's leading arbitration institutes [3]. The Arbitration Rules of the SCC Institute (the "SCC Rules") have recently been revised, and they entered into force on 1 January 2010. In addition to the SCC Rules, the SCC Institute also provides rules for expedited arbitration and mediation. The SCC Institute also administers arbitration proceedings under different rules, both rules from other arbitration institutes and the UNCITRAL Arbitration Rules.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

For Swedish court proceedings, the Code of Judicial Procedure (*Rättegångsbalken* SFS 1942:740) (the "Code") contains all rules necessary for both criminal and civil procedures at all court instances. The Code also includes rules of evidence. For civil and commercial matters, there are three instances of general courts, with the Supreme Court (*Högsta domstolen*) as the final court of appeal. The District Courts (*tingsrätt*) are the courts of first instance and have general jurisdiction in all civil matters. The Courts of Appeal (*hovrätt*) have original jurisdiction in some matters but are mainly the second instance courts after the District Courts. There are 48 District Courts and six Courts of Appeal.

The principle sources of the Swedish law of international arbitration are the SAA, case law from the highest civil courts in Sweden (the Swedish Supreme Court and Svea Court of Appeal), the preparatory works to the SAA and legal doctrine. As mentioned above, the SAA applies to both domestic and international arbitrations. Judicial decisions by the highest courts in Sweden are sources of law, although the *stare decisis* doctrine is not strictly applicable. The preparatory works to Swedish statutes (or *travaux préparatoires*) are considered relevant to elucidate ambiguous points. Legal doctrine is not strictly speaking a source of law, but is frequently considered and referred to by the courts.

In principle, interpretation of Swedish legislation is heavily based on the preparatory works, which are the legislative proposal prepared by the Government and submitted to the Parliament for the Act's enactment. The main part of the preparatory works and the legislative proposal is the government bill (*Regeringens proposition*). Swedish statutes are generally brief, and one is expected to consult the preparatory works in case of any uncertainty on how to interpret the law. Throughout

[3] Statistics from the SCC Institute. More information available from the SCC Institute's web-page: http://www.sccinstitute.se.

this chapter, reference will therefore be made to the government bill for the SAA, *Regeringens proposition 1998/99:35, Ny lag om skiljeförfarande*.

The Code does not directly apply to arbitral proceedings. However, the Code may, at a general level, influence Swedish lawyers' approach to certain procedural issues (especially in domestic arbitrations). In addition, the Code applies to any intervening court proceedings concerning certain issues relating to arbitration.

B. International sources

As mentioned above, the SAA, whilst generally influenced by the UNCITRAL Model Law, does not qualify Sweden as a Model Law country. However, in substance the differences are not substantial.

Sweden is a party to and has ratified the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards («New York Convention») without any declarations or reservations. Sweden is also a party to the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States («Washington Convention») and the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms («European Convention for human rights»).

The Swedish system takes a statutory approach. International law in the form of conventions only becomes direct applicable either after transformation into a statute or by way of incorporation through a statute to that effect.

C. Role of EU law

Sweden has been a Member State of the EU since 1 January 1995. Arbitration has not been specifically regulated within EU law. Arbitral proceedings have been expressly excluded from the scope of the 1988 Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters («Lugano Convention») as well as the Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (1968) («Brussel Convention»)[4] and the Brussels 1

[4] The European Court of Justice's case law regarding the application of the rule of exclusion of arbitration, and specifically the case C-185/07, Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers, ECR 2009 p I-663 (*West Tankers*), has given rise to a debate. The rule is currently, in the light of this debate, undergoing a reform and it is uncertain whether the exclusion of arbitration will remain part of the Brussels Convention. Knuts, G. *Skiljeförfarandeundantaget i Brysselförordningen – Quo Vadis.* JFT 4-5/2011, pp. 495-508.

Regulation (EC) n.º 44/2001 («The Brussels 1 Regulation»).[5] Arbitration agreements are also expressly excluded from the Rome Convention on the laws applicable to contractual obligations («Rome Convention»).

This does not mean that EU law is irrelevant to arbitration. Unless the parties have otherwise agreed, the arbitrators must adjudicate the dispute referred to them in accordance with governing law. EU law is, to a large extent, directly applicable in the Member States. Hence, an arbitral tribunal must apply EU law as a part of the domestic legal system when adjudicating the matter in dispute if the governing law of the relevant contract is Swedish substantive law.

Especially noteworthy with regard to the role of EU law in arbitration in Sweden is the application of competition law rules. According to Section 1(3) of the SAA, arbitrators may try civil law consequences between the parties that may arise under competition law. Pursuant to the principle applied in arbitration in Sweden that the parties themselves largely decide the scope of the case, the arbitrators should not independently apply competition law rules if not requested to do so. However, the European Court of Justice (the «ECJ») has stated in a preliminary ruling,[6] that the rule of EU competition law prohibiting cartels and other agreements that could disrupt free competition constitutes a fundamental rule and that agreements that violate this rule are invalid. The ECJ concluded that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitral award where such an application is based on failure to observe national rules of public policy, it must also grant an application where it is based on failure to comply with EU competition law. This means that national rules regarding the invalidity of an arbitral award on the grounds of public policy may lead to national courts being obliged to retroactively determine whether the award violates EU competition law, even if the parties did not raise this issue during the arbitral proceedings. According to section 33(2) of the SAA, an award is invalid if the award, or the manner in which the award arose, is clearly incompatible with the fundamental principles of Swedish law. The ECJ did not explicitly state whether the competition law assessment should be made by the court *sua sponte*, but when applying Section 33 of the SAA (which provides the sanction for invalidity), any public interest or third party interest should be considered.[7] Hence, it might be assumed that the Swedish courts may assess whether the arbitral award is invalid as a consequence of EU competition law without any party specifically raising the issue. Consequently, even if section 1(3) of the SAA grants the parties to the arbitral proceedings formal control over issues relating to

---

5 In case C 190/89, *Marc Rich and Co. AG vs. Società Italiana Impianti PA*, ECR 25 July 1991, p. I-3855, the ECJ held that court proceedings relating to the arbitration are also excluded.

6 Case C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*.

7 *Regeringens proposition 1998/99:35*, p. 139.

civil consequences between them arising under competition law, an arbitral award may still be declared invalid if it contravenes EU competition law.

III. The selection of Sweden as seat of arbitration

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

There are no specific form requirements under Swedish law for an arbitration agreement to be valid. Written form is the most common, but an arbitration agreement may also be concluded by conduct or even orally.

Section 4(1) of the SAA stipulates that a valid arbitration agreement constitutes a bar to court proceedings. If a party to an arbitration agreement initiates court proceedings, the other party can move for a stay or dismissal of the court proceedings. According to Section 4(2) of the SAA, an objection to the court's jurisdiction must be raised the first time the objecting party enters a substantive defense. The Swedish courts generally favor arbitration, and arbitration agreements are interpreted extensively rather than restrictively, although there is no presumption in support of arbitration. The party invoking the arbitration agreement has the burden of proving its existence.[8]

1.2. Substantive validity and arbitrability

An arbitration agreement will not be valid and enforceable if the parties had no legal capacity to enter into such agreement. The arbitration agreement must also be valid according to the general rules of Swedish contract law. For example, it cannot be tainted by duress, fraud or mistake, nor can it be deemed unreasonable under Swedish contract law. In exceptional circumstances, an arbitration clause may be adjusted based on Section 36 of the Contracts Act due to being objectively perceived as unreasonable. However, court interference on this basis is extremely rare in contractual relations between commercial parties.

The general rule is that disputes involving a consumer cannot be settled by arbitration. Disputes between a business and a consumer can be settled by arbitration only if the arbitration agreement was entered into after the dispute arose. In addition,

8 AD (Judgment from the Swedish Labor Court) 1989 n.° 51.

specific legislation may limit the arbitrability of disputes, for example, in relation to certain employee rights, tenant rights and carriage of goods and passengers.

The law determining arbitrability is the law of the seat, *i.e.*, Swedish law for arbitrations in Sweden. Regarding arbitrability under Swedish law, the general rule in Section 1 of the SAA is that any civil or commercial dispute that relates to rights and obligations which the parties are free to agree upon may be referred to arbitration. The issue of arbitrability is thereby determined by the scope of the freedom of contract and the parties' autonomy to dispose of a subject matter. It follows, *inter alia*, that most issues of criminal law and family law cannot be settled by arbitration. However, as mentioned above, the SAA explicitly provides that disputes based on competition law are arbitrable as between the parties. The same principle of *inter partes* arbitrability is also considered to apply to, *inter alia*, intellectual property disputes.

Whether a dispute may be subject of arbitration is considered to be a matter of jurisdiction. An arbitral tribunal may rule on challenges in relation to arbitrability. However, such ruling is not final. A party may institute court proceedings during or after an arbitration to have this issue decided by a court (see Section 4 below).

It may also be noted that according to Swedish law arbitration is mandatory for disputes under the Companies Act (*aktiebolagslagen* SFS 2005:551) concerning redemption of shares by a parent company controlling more than nine-tenths of the votes (so-called squeeze-out proceedings).

2. The doctrine of separability of the arbitration agreement

The doctrine of separability has long standing in Swedish law and is codified in Section 3 of the SAA.

When assessing the arbitrators' jurisdiction, according to Section 3 of the SAA, the arbitration agreement is deemed to constitute a separate agreement from the main agreement. Hence, an arbitral clause may be considered valid even if the rest of the contract in which it is embedded is invalid. The principle applies both when the main agreement is subsequently alleged to have ceased to apply and also when it is claimed that an agreement was never entered into or that it was invalid *ab initio*.[9]

3. The doctrine of assertion

Specific to arbitration in Sweden is the so-called doctrine of assertion. When one of the parties maintains that the dispute concerns the contract while the other party denies

[9] *SOU 1994:81*, p. 103.

this, Swedish courts may apply the doctrine of assertion to decide the matter. The doctrine, which has been endorsed by the Supreme Court,[10] is used in civil procedure in order to decide questions regarding the competence of the court. According to the doctrine, a dispute comes under the arbitrator's jurisdiction insofar as a party asserts that his claim is based on the contract containing the arbitration clause. This means that the Swedish courts will not try the merits of an assertion that the claim is based on the contract containing the arbitration clause. Instead, the arbitrators' jurisdiction is then for the arbitral tribunal itself to decide. This doctrine is applicable with one exception: the Swedish courts will not assume *prima facie* that the arbitral tribunal has jurisdiction if the reference made to the contract by the claimant is manifestly groundless. Such disputes may instead be tried by a court of law.

4. Extension of the arbitration agreement to third parties

There are no specific statutory rules relating to third party contracts in Sweden. In principle arbitration agreements are only binding on the parties to the agreement. Hence, a third party cannot refer to the arbitration agreement, intervene in the arbitration or demand entry to the arbitration proceedings. A party to the arbitration agreement also lacks the possibility to demand that a third party participate in arbitration. However, this does not mean that an arbitration award cannot have legal force against third parties in the same way as a court judgment. When the liability of a third party depends on the liability of a party to the arbitration agreement against the other party to the agreement, this constitutes a preliminary issue which may not be settled in arbitration.[11]

Under Swedish law, a third party may be bound by an arbitration agreement only in very specific situations. For example, case law establishes that in all cases of universal succession, and as a main rule in cases of singular succession, a new party that succeeds in the rights of the initial party will also be bound by the arbitration agreement.[12]

5. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of *Kompetenz-Kompetenz*)

According to Section 2 of the SAA, the arbitrators may rule on their own jurisdiction to decide a dispute. The competence-competence principle is thereby upheld. However, this does not prevent a party from raising a separate challenge on jurisdiction in court. In the meantime, the arbitral tribunal need not suspend the arbitral proceedings but may do so at its discretion. Arbitral tribunals are usually reluctant to suspend the proceedings unless they have reason to believe that the challenge may have merit. In

[10] NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1982 s 738.
[11] HEUMAN, L. *Arbitration law of Sweden.* Juris Publishing, 2003, p. 77.
[12] NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1997 s 866.

this context, art. 37 of the SCC Rules provides that the final award must be made not later than six months from the date upon which the arbitration was referred to the arbitral tribunal pursuant to art. 18, but the board of the SCC Institute may extend this time limit upon a reasoned request.

If an arbitral tribunal finds that it lacks jurisdiction and therefore dismisses the case by rendering an arbitral award, the SAA[13] allows a party to appeal such decision to the Court of Appeal, seeking to have the award overturned and declare that the arbitration agreement is valid and applicable. This right of appeal does not constitute a challenge but is an ordinary appeal. Hence, this may be considered an exception to the principle that an arbitral award is final as to the substantive matters decided by the arbitral tribunal.

It may be noted that under the SCC Rules, the board of the SCC Institute will decide (when necessary) whether the SCC Institutes manifestly lacks jurisdiction over the dispute and the Institute may then dismiss the case, in whole or in part, before referring it to an arbitral tribunal (*i.e.*, a *prima facie* assessment).

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

Any person with full legal capacity is qualified to act as an arbitrator in Sweden.[14] There are no requirements regarding domicile, nationality or education.

The parties may, determine the number of arbitrators and how they shall be appointed.[15]

Unless the parties decide otherwise, the Arbitration tribunal will consist of three arbitrators.[16]

According to the SCC rules (art. 12-13), the parties may agree on the number of arbitrators and the procedure for their appointment. According to art. 13 (1) of the SCC rules, where the parties have not agreed on the number of arbitrators, the arbitral tribunal will consist of three arbitrators unless the board of the SCC Institute (taking into account the complexity of the case, the amount in dispute or other circumstances) decides that the dispute is to be decided by a sole arbitrator.

---

13 Section 36 of the SAA.
14 Section 7 of the SAA.
15 Section 12 of the SAA.
16 Section 13 of the SAA

2. Constitution of the arbitral tribunal

If the parties have not specifically agreed on the appointment of arbitrators, Section 13 of the SAA provides that the arbitral tribunal will consist of three arbitrators and that each party appoints one arbitrator and the arbitrators so appointed will then appoint the Chairperson.

If a party, the party-appointed arbitrators or any third party who, according to the agreement of the parties or under applicable law should appoint an arbitrator, fails to do so, the local District Court will then appoint an arbitrator upon request.

According to art. 13 (2) of the SCC Rules, when the arbitral tribunal is to consist of a sole arbitrator the parties will jointly appoint the arbitrator. If the parties fail to do so, the arbitrator is appointed by the board. If the arbitral tribunal should consist of more than one arbitrator, each party appoints an equal number of arbitrators and the chairperson is appointed by the Board of the SCC Institute.

3. Independence and impartiality of arbitrators

Arbitrators are required to be and remain impartial and independent.[17] According to Section 8 of the SAA it is required that potential arbitrators must disclose any circumstances that might be considered to prevent him from serving as an arbitrator prior to appointment. Such circumstances include the following:

i. The arbitrator or a person closely associated to him is a party, or otherwise may benefit from or be harmed by the outcome of the dispute;

ii. The arbitrator or a person closely associated to him is the director of a company or any other association that is a party to or otherwise may benefit from or be harmed by the outcome of the dispute;

iii. The arbitrator has already taken a position in the dispute, as an expert or otherwise, or has assisted a party in the preparation or conduct of the case in the dispute; or

iv. The arbitrator has received or requested compensation separately from one of the parties to act as arbitrator.

If an arbitrator becomes aware of any new such circumstance after the constitution of the arbitral tribunal and during the arbitral proceedings, the arbitrator must inform the parties and the other arbitrators of such circumstances without delay.

---

[17] Section 8 of the SAA.

The SCC Rules (art. 14) also provide that arbitrators must be and remain independent and impartial. Furthermore, if the parties are of different nationalities, the Chairman or sole arbitrator must be of a different nationality than either of the parties (unless they agree otherwise). The application of this rule would not be seen as discriminatory under Swedish law.

In two of its decisions, NJA 2010 s 317 and NJA 2007 s 841, the Swedish Supreme Court has touched upon the issue of failure to disclose circumstances that may give reason to doubt the arbitrator's impartiality. The Supreme Court's reasoning in these cases implies that neglecting to disclose such circumstances does not constitute independent grounds for challenge. The Supreme Court's approach on disclosure conforms to international case law as well as the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (which the Supreme Court referred to but did not directly apply).

4. Challenge of an arbitrator

Section 14 of the SAA stipulates that challenges to an arbitrator must be made within 15 days from when the party becomes aware of the appointment of the arbitrator and of the existence of the ground for challenge. Unless the parties agree otherwise, the arbitral tribunal (including the arbitrator(s) against whom the challenge was made) has authority to hear the challenge. If the challenge is successful, the tribunal's decision is not subject to appeal.

If the challenge is not successful, the party who has raised the challenge may apply to the District Court within 30 days of service of the arbitral tribunal's decision and request that the arbitrator be removed. The arbitration may continue while awaiting the decision from the District Court.

Under the SCC Rules (art. 15), challenges to arbitrators subsequent to appointment must be raised within 15 days and lodged with the Secretariat. If the other party agrees, the arbitrator shall resign; otherwise, the Board of the SCC Institute will decide the challenge.

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

When the parties have agreed on Sweden as the seat of arbitration, it follows from Section 46 of the SAA that Swedish arbitration law (the SAA and Swedish case law) is the *lex arbitri*. As the principle of party autonomy is fully accepted in Sweden,

Swedish arbitration law only stipulates a few rules for the conduct of the proceedings and most provisions are non-mandatory. In practice, the parties are free to agree on the procedural rules they find appropriate.

2. Right to be heard and right to equal treatment

The SAA stipulates that the arbitrators shall afford the parties an opportunity to present their respective cases in writing or orally (Section 24 of the SAA). A party shall be given the possibility to review all documents and other materials pertaining to the dispute which are supplied to the arbitrators by the opposing party or another person. If the parties have not agreed otherwise, an oral hearing will be held if requested by a party. These requirements relate to a party's right to be heard and are founded on principles of legal certainty and the right to a fair trial in art. 6 of the European convention on Human Rights.[18] Hence, Section 24 of the SAA is mandatory and the parties may not deviate from it.

Section 21 of the SAA obligates the arbitrators to handle the dispute in an impartial, practical and speedy manner. This requirement is strict. The practical implication is that no decision by the arbitrators shall be influenced by *which party* it concerns and that both parties should, at all times, be treated equally. The requirement of impartiality binds all the arbitrators, including those nominated by parties.[19]

3. Taking of evidence

If the parties have not agreed on certain conduct for taking evidence, Section 25 of the SAA stipulates that the parties, and not the arbitrators, identify and present the evidence they rely upon. However, the arbitrators may call expert witnesses, unless both parties object. The arbitrators may refuse to admit evidence if they find it manifestly irrelevant or presented in an untimely manner. In practice, arbitrators rarely refuse new evidence.[20]

According to Swedish procedural rules, the evidence a party relies upon in court proceedings should be precise in so far as it should relate to a certain «theme of proof». A specification of the evidence and the theme of proof should be fairly detailed and connect the evidence to the legal facts relied upon in the dispute. The

---

18 *Regeringens proposition* 1998/99:35, pp. 228-229, p. 112. An award can be set aside if one party has not had the opportunity to present its view on all the documents in a dispute, NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1965 s 384.

19 *Regeringens proposition* 1998/99:35, p. 83.

20 Lundblad, C. *Arbitration World 3rd edition – Sweden*, 10 January 2010, available at: http://www.europeanlawyer.co.uk/referencebooks_20_321.html.

theme of proof may be considered a particularity in Swedish court proceedings and may be referred to by Swedish arbitrators or counsel. However, as mentioned above, even though rules on court proceedings are often applied in domestic arbitrations in Sweden, they are seldom applied in international arbitrations.

The arbitrators may not ask a participant in the proceedings to testify under oath. If a party wishes to hear a witness or an expert under oath, the party must (after obtaining the arbitrators' consent) apply to the District Court for such measure (Section 26 of the SAA). The requirement of obtaining the arbitrator's consent to submit such request does not mean that the arbitrators will assess whether the court will grant the request. Instead, the requirement means that the arbitrators will decide whether such request is appropriate in the proceedings. If, for example, the evidence will not have any impact on the dispute, a request for a court order will merely serve as an unnecessary delay in the proceedings.

The parties may use witness statements. Witness statements are frequently used in international arbitrations and to some extent in domestic arbitrations in Sweden. It should be noted that under the Ethical Rules of the Swedish Bar Association, the parties are free to approach all witnesses who are to be heard in the proceedings.

The arbitrators may order one party to produce documents or other evidence. An order by an arbitrator for a party to produce documents, the same as an order for a witness to attend a hearing, is not enforceable. However, there is a possibility to ask the courts for assistance in such matters. A court order to produce documents, the same as a court's summoning of a witness, is enforceable and can be sanctioned by fines. A party wishing to obtain evidence through a court order should submit a request to the competent District Court after obtaining the arbitrators' consent (Section 26 of the SAA). As described above with regard to seeking court assistance for hearing witnesses under oath, the arbitrators will consent if they find the request appropriate in the proceedings. In Sweden, arbitrators and courts in general take a restrictive approach to issuing orders to produce evidence. A party who submits such a request should clearly identify the documents requested and their relevance to the dispute. Parties hardly ever have any luck when engaging in so-called «fishing expeditions» or US-style discovery.

D. Provisional measures

1. Concurrent jurisdiction of State courts and arbitral tribunals

Both courts and arbitral tribunals have jurisdiction to order provisional measures. Section 25 (4) of the SAA explicitly authorizes arbitrators to issue such orders. The

provision reads as follows: «Unless the parties have agreed otherwise, the arbitrators may, at the request of a party, decide that, during the proceedings, the other party must undertake a certain interim measure to secure the claim, which is to be tried by the tribunal».

A party is entitled to apply for provisional measures in court, notwithstanding that the contentious matter is covered by a valid arbitration agreement. The applicant may thus determine whether the court or the arbitral tribunal is best suited to address the issue when submitting an application for provisional measures. However, for a party in need of a provisional measure, speed and enforcement are typically of critical importance. That is why many parties submit their applications for provisional measures to national courts, instead of waiting for an arbitral tribunal to be constituted and risking that a provisional measure ordered by the arbitral tribunal not be honored voluntarily.

Provisional measures ordered by an arbitral tribunal are not enforceable. Therefore, there are no barriers because of *lis pendens* against a party seeking provisional measures in court after the party has already applied for such measures to the arbitral tribunal. A party may apply to the court for provisional measures before and anytime during the arbitral proceedings.

2. Conditions for ordering provisional measures

As described above, unless the parties agree otherwise the arbitrators may, on request of a party, decide to grant provisional measures. Section 25 (4) of the SAA does not address the requirements the applicant must fulfil for the arbitral tribunal to order a provisional measure. However, influenced by rules for Swedish court proceedings, there are at least two requirements that the applicant must meet: First, he has to establish that he has a reasonable chance on winning the case. Second, he must establish that there is a relatively high degree of urgency, for example, that the respondent may transfer money from a bank account or otherwise dispose of assets or destroy documents. When deciding provisional measures, the arbitral tribunal usually also makes a balance-of-convenience assessment where the applicant party's interest in receiving a provisional measure is weighed against the intrusion and the risks an injunction can create for the other party.

According to Section 25 (4) of the SAA, the arbitrators may order the party requesting a provisional measure to provide reasonable security for the damage that the opposing party may incur as a result of the injunction.

Also according to the SCC Rules, the arbitral tribunal may order the party requesting a provisional measure to provide appropriate security in connection with the measure.[21]

Based on the contractual nature of arbitration, the powers of the arbitrators to order provisional measures is limited to the parties to the arbitration. An order against a third party would not be binding on such party.

3. Types of provisional measures

Under the SAA and the SCC Rules, the arbitral tribunal may, upon request of a party, grant any provisional measure it considers appropriate. Hence, the arbitral tribunal has considerable freedom to decide what type of provisional measures to order. The measure may involve taking an action or refraining from an action. The purpose of the provisional measure may be to prevent irreparable harm or to preserve evidence or future enforcement of the award. The only limitation is that the action should aim to safeguard the claim to be heard by the arbitral tribunal.

The types of provisional measures that the courts may order are set forth in the Code. Examples of such measures are provisional attachment of property and orders directing the adverse party (under penalty of a fine) to protect the interest of the claimant, for example, to perform certain activities.

Since time is often critical in such cases, it may be necessary to issue an interim order *ex parte*, i.e. without giving the other party the opportunity to comment on the application. It is accepted in the legal system in Sweden that the courts may issue orders on an *ex parte* basis. However, it is doubtful whether arbitral tribunals have this authority. The SAA does not address this issue, nor do the preparatory works. Lacking explicit statutory support, and without agreement by the parties, most arbitrators would be reluctant to issue *ex parte* orders.

A party cannot apply for a provisional measure until the case has been referred to an arbitral tribunal, which may take several months. The fact that it takes time to establish an arbitral tribunal may create problems for the party seeking provisional measures. During this time a lot can happen. In order to overcome this problematic time gap, the SCC Institute has adopted a set of rules for so-called Emergency Arbitrators which make it possible to issue orders for provisional measures before establishment of the arbitral tribunal.

---

[21] See art. 32 of the SCC Rules.

The rules regarding Emergency Arbitrators can be found in Appendix II to the SCC Rules. The Appendix is linked to art. 32 of the SCC Rules concerning provisional measures. According to the SCC Rules, a party may apply for the appointment of an Emergency Arbitrator until the case has been referred to an arbitral tribunal. The powers of the Emergency Arbitrator are the same as those of the arbitral tribunal.[22] Such powers expire when the case has been referred to an arbitral tribunal, according to the SCC Rules (see art. 18 of the SCC Rules), or when an emergency decision ceases to be binding, for example, because the Emergency Arbitrator or the Arbitral tribunal so decides or the arbitral tribunal issues the Final award.[23]

An application for an Emergency Arbitrator shall be communicated to the counterparty. He must be served by the SCC Institute. Hence, it is not an *ex parte* proceeding.[24]

The party applying for the appointment of an Emergency Arbitrator pays the costs of the emergency proceedings upon filing the application. The costs of such proceedings include the fee of the Emergency Arbitrator, which amounts to EUR 12,000, and the application fee, which amounts to EUR 3,000. At the request of a party, the costs of the emergency proceedings may be apportioned between the parties by the arbitral tribunal in the Final award.[25]

The provisions regarding Emergency Arbitrators are automatically part of the SCC Rules as from 1 January 2010. Hence, if the parties do not want them to apply, they must say so explicitly in the arbitration agreement (opt-out clause).

4. Challenge and appeal against provisional measures

An arbitral tribunal's decision regarding provisional measures may not be appealed. However, it is possible for a party to apply for provisional measures again if they are not satisfied with the decision. There are no limitations as to as to how many applications for provisional measures a party is entitled to make.

Court orders may be appealed to superior courts. The provisional measure will remain in force for as long as the court has decided and often for the duration of the arbitral proceedings.

---

22 See art. 32 (1) - (3) of the SCC Rules.
23 See art. 1 of Appendix II to the SCC Rules.
24 See art. 3 of Appendix II to the SCC Rules.
25 See art. 10 of Appendix II to the SCC Rules.

5. Enforcement of provisional measures

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seated in Sweden

Provisional measures ordered by an arbitral tribunal seated in Sweden are not enforceable at law. This limits the effectiveness of such orders.

As the name clearly indicates, provisional orders are not intended to, and do not, finally resolve the dispute. As far as Swedish law is concerned, a provisional order decided by an arbitral tribunal is unenforceable even if it is called an award. Such nomenclature does not make it enforceable.

It is currently unclear whether a decision by an Emergency Arbitrator is enforceable since it is not regarded as an arbitral award according to the Enforcement Code.

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

Decisions and Arbitral awards on provisional measures are not included in the New York Convention. Enforcement under the Convention only provides that the Final award is binding on the parties.[26] Hence, provisional measures ordered by a foreign arbitral tribunal, like provisional measures ordered by an arbitral tribunal in Sweden, are not enforceable at law.

Sometimes arbitrators determine that cost claims shall be assessed in another, separate award, for example when the parties are not prepared to state their cost claims at the end of the Final Hearing. Such a separate award is enforceable in Sweden, according to case law.[27]

b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

In order to enforce provisional measures ordered by foreign state courts in Sweden, the support of international conventions is required. Decisions by European courts are normally enforceable in Sweden pursuant to the provisions of the Lugano/ Brussels Convention and Brussels I Regulation.

---

[26] See art. V (1) (e) of the New York Convention.

[27] See case n.° Ö 280-09 from Svea Court of Appeal.

E. Law governing the merits of the case

1. Choice of law by the parties

The principle of party autonomy, meaning that the parties are free to choose the law applicable to their contract, is valid in Sweden. There are no rules in the SAA concerning the law governing the substantive issues in the dispute. The law applicable to the main contract is considered primarily a contractual matter in Swedish international arbitration practice.[28]

The parties have several options when exercising their autonomy. The parties can, *inter alia*, decide to apply the national law of either of the disputing parties, the national law of a third neutral country, several systems of law or combinations of rules from several systems of law, general principles of law, public international law or international trade law. Thus, according to Swedish law there is no obstacle to follow an agreement between the parties meaning other rules than a national legal system, such as *inter alia* international trade law, should be applicable.

The SCC Rules recognize the principle of party autonomy. Art. 22 (1) stipulates that «[t]he Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law or the rules agreed on by the parties». Thus, the parties are free to choose any set of rules to serve as the basis for resolving their disputes.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

In absence of choice of law by the parties, the arbitral tribunal must address the question of applicable law. There is no rule in the SAA or the SCC Rules that provides the arbitral tribunal with guidance as to which substantive law to apply to the merits of the dispute.[29] However, the prevailing opinion is that, in the absence of an explicit choice of law by the parties, Swedish conflict of law rules should be applied to resolve the issue.[30]

Sweden is a party to the Hague Convention of 15 June 1955 on the Law applicable to international Sale of Goods («Hague Convention») and was incorporated into Swedish legislation by the Act on the Law Applicable to International Sales of Goods in 1964. The 1964 Act is of general application and thus applies also with respect to states which have not ratified the Hague Convention. The starting point under the 1964 Act is the principle of party autonomy. If the parties have not made a choice of

---

28 *Regeringens proposition* 1998/99:35, p. 192 f.

29 *Regeringens proposition* 1998/99:35, pp. 192 et seq.

30 Heuman, L. *Arbitration law of Sweden*. Juris Publishing, 2003, p. 686.

law, the 1964 Act stipulates that the law of the place where the seller is resident at the time of receipt of the order is to be applied.

The main source of the Swedish conflict of laws rules between EU Member States, when no choice has been made by the parties, is the Rome I Regulation. The Rome I Regulation applies to contracts entered into after 17 December 2009. Contracts entered into prior to that date will be covered by the Regulation's predecessor, the 1980 Rome Convention. The Rome I Regulation is based on the principle of party autonomy. The central provision of the Rome I Regulation is Art. 4, which provides a number of fixed choice of law rules in its Paragraph 1. Paragraph 2 of art. 4 provides for a subsidiary rule in situations where a contract is not covered by Paragraph 1 or when more than one fixed rule can be applied to the contract in question. In such situation, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his residence. According to Paragraphs 3 and 4 of art. 4, in some cases the contract is governed by the law of the country with which it is most closely connected.

If no international instrument applies, the Swedish conflict of laws rule called the centre of gravity test will generally apply.

Arbitrators are generally considered free to apply the more modern approach of *la voie directe* in deciding choice of law issues. This means the arbitrators do not need to go through a conflict of laws system to find the applicable law.[31] Instead, they could directly determine the law applicable to the merits of the dispute. For example, Section 28(2) of the Model Law provides that the arbitrators may apply the law they consider appropriate.

Hence, as far as Swedish arbitration law is concerned, there is no strict requirement that Swedish conflict of laws rules be applied in arbitration taking place in Sweden. The reason for this approach is that parties cannot be presumed to have accepted the conflict laws rules of the seat of the arbitration just because they have chosen that place for their arbitration. However, this does not mean that the conflict of laws rules of the place of arbitration make no difference in the selection of applicable law. For an arbitral tribunal seated in Sweden, the Swedish conflict of laws rules will often be a starting point in determining the applicable substantive law.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

According to Swedish law, exceptionally, the parties' choice of applicable law can be rejected. There are four categories of circumstances that may restrict or limit party

[31] Heuman, L. *Arbitration Law of Sweden*. Juris Publishing, 2003, pp. 686 et seq.

autonomy. These circumstances are (i) the chosen law has no reasonable connection with the transaction in question nor with the parties involved in it, (ii) national public policy, (iii) mandatory rules of municipal law and (iv) international public policy.[32]

Under Swedish law, the *ordre public* test is whether foreign law would be patently incompatible with the basic principles of Swedish law.[33] Mandatory rules in Sweden are, for example, labour law legislation and consumer protection legislation.

F. The award

Section 27 of the SAA states that the issues which have been referred to the arbitrators are decided in a final award. That is the case even when the arbitrators terminate the arbitral proceedings without deciding the issues in dispute, for example, at the request of the parties following a settlement. If the parties have entered into a settlement agreement, the arbitrators may, at the parties' request, confirm it in an award. The award is final and binding on the parties.

The arbitrators have, according to section 29 of the SAA, an extensive opportunity to render separate awards, i.e. awards in which a certain issue or claim distinguishable from the rest of the dispute is decided. However, the arbitrators are not entitled to render separate awards when both parties object. All separate awards are final and binding and may be challenged in the same way as any other Arbitral award.

An arbitral award must be made in writing and be signed by the arbitrators. The place and the date of signing the award need not be specified. Nor are the arbitrators required to sign the award at the place of arbitration. Provisions in an agreement between the parties departing from these formal requirements would be invalid. If the signatures of the arbitrators are left out by oversight, the arbitrators may correct the award by adding the missing signatures. It is sufficient, however, that the award is signed by a majority of the arbitrators, provided that the reason that all of the arbitrators did not sign is stated in the award. The parties may decide that the Chairman alone should sign the award.

The SAA does not require that the arbitrators give reasons for the award. However, Swedish arbitrators usually give reasoned awards, except where the parties have explicitly abstained from requiring such award. Under the SCC Rules, awards

---

[32] Hobér, K. *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford University Press, 2011, p. 48 ff.

[33] See, *inter alia*, NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1993 s 420.

should be reasoned. In a recent ruling by the Supreme Court[34] a party brought action against an Arbitral award and asserted that the reasoning was incomplete. The party argued the reasoning was incomplete mainly because it was impossible to tell whether and how the arbitral tribunal had considered the claimant's evidence. However, the Supreme Court concluded an award may only be challenged when it contains a total lack of reasoning or reasoning which, considering the circumstances, is so incomplete as to be effectively missing altogether. Furthermore, the Supreme Court stated that in this particular case, the arbitral tribunal's reasoning included a presentation of the facts that they considered to have been proved. Therefore, the reasoning could not be considered incomplete. The Supreme Court's ruling in this case implies that the qualitative requirements for an award's reasoning are very modest.

Dissenting opinions are permitted, and a dissenting arbitrator is entitled, but not obliged, to have the dissent attached to the award. There are no requirements as to form or content.

The award should be delivered to the parties promptly. The SAA contains no provisions concerning the method of delivering the Arbitral award.

G. Challenge and revision of the award

In Sweden, as in all arbitration-friendly countries, finality of an Arbitral award is a core principle. There are, however, some exceptions to this principle when it comes to safeguarding certain procedural standards. An appeal of an award is limited to procedural matters, i.e. it is not possible to appeal an Arbitral award based on the merits.

In most aspects, the SAA's exceptions to the principle of finality comply with international standards, such as the Model Law, but there are a few particularities to the Swedish law. As further explained below, two notable particularities in the SAA are (i) the division between grounds for invalidity of an award and grounds for challenge of an award and (ii) the possibility to appeal an award based on jurisdiction.

1. Challenge of the award

a. Grounds for challenging awards

In Sweden, final awards can either be appealed for invalidity under Section 33 of the SAA or be challenged under Section 34 of the SAA. The rationale for separating these

[34] See NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 2009 s 128.

types of proceedings is that Section 33 safeguards the interests of third parties, whereas Section 34 can apply where procedural safeguards have been neglected during the proceedings, i.e. in situations where the circumstances can be controlled by a party.[35]

Section 33 of the SAA may apply if (a) the award includes a determination of an issue which is not arbitrable under Swedish law, (b) the award or the proceedings is contrary to Swedish public policy, or (c) the award is not in writing or has not been signed by the arbitrators. An award that does not comply with the requirements of Section 33 can be declared invalid by the court on its own motion, and there is no time limit for an appeal under Section 33. Grounds for invalidity under Section 33 are mandatory and cannot be waived. An award can, however, be declared partially invalid if it is only contrary to Section 33 in certain aspects that can be distinguished from the rest of the award.

Even if appeals under Section 33 are made rather frequently, the court seldom finds for the applicant. This is especially true of invalidity on the grounds of public policy. This basis for invalidity is meant to apply in a very restrictive manner, *i.e.*, only when fundamental principles of the Swedish legal system are at stake.[36]

A challenge to an Arbitral award under Section 34 of the SAA can lead to the award being set aside if (a) the arbitration agreement is invalid, (b) the arbitrators have exceeded their mandate,[37] (c) the arbitral proceedings should not have taken place in Sweden, (d) irregularities occurred in the appointment of an arbitrator, (e) there is a lack of capacity or impartiality of an arbitrator, or (f) other procedural irregularities occurred that may be presumed to have influenced the outcome of the case. As Section 34 serves to protect the interests of the parties, if none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, the right to challenge under Section 34 can be waived provided that such exclusion agreement is made in writing (Section 51 of the SAA). Also, a challenge action cannot be initiated later than three months after the service of the award. A review of case law from the Swedish Courts of Appeal shows that in practice, challenge proceedings are most commonly based on the arbitrators having exceeded their mandate, that procedural irregularities which have affected the outcome have occurred, or that the arbitrators were not impartial.

---

35 *Regeringens proposition* 1998/99:35, pp. 170-171.

36 *Cf.* Hobèr, K. *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford University Press, 2011, p. 303. The courts have, so far, never granted an appeal for invalidity with respect to breach of public policy.

37 In relation to this basis for challenge, there seems to be an unwritten condition that the excess of mandate must have had an effect on the outcome of the proceedings. See Svea Court of Appeal, case T 4050-10 (Perstorp Aktiebolag / Silver Lining Finance SA in liquidation), 31 August 2011.

If the arbitrators render an award closing the proceedings without having decided the issues submitted to them, the award can be appealed under Section 36 of the SAA. As the court does not have the mandate to decide if the arbitrators were correct in assessing any substantive issues, Section 36 can only be applied in situations where no such assessment has been made. Section 36 is frequently used in relation to arbitrators' negative decisions on jurisdiction. This section also applies to appeals of arbitrators' compensation where the arbitrators closed the proceedings without deciding the substantive issues.

As the arbitrators may determine their own remuneration, the decision on their compensation can be appealed under Section 41 of the SAA. If such decision is made by the SCC Institute, it can be appealed under Section 41, but such an appeal is very unlikely to be successful.[38] An appeal of the allocation of costs *between the parties* cannot be raised under Section 41, but is instead to be made in challenge proceedings. An action under Section 41 must be brought within three months from the date of service of the award.

b. Proceedings

According to Section 43 of the SAA, the Court of Appeal is the competent court in setting aside proceedings. An exception is appeals of decisions concerning the arbitrators' compensation, where the District Courts have jurisdiction to decide. If the arbitration agreement does not specify the city where the arbitration is to take place, the Svea Court of Appeal in Stockholm is the competent court. It can be expected that setting aside proceedings in the Svea Court of Appeal take some 15 to 20 months. The judgement rendered by the competent Court of Appeal can only be appealed to the Swedish Supreme Court if the Court of Appeal allows the case to be appealed. A leave to appeal can be granted in matters of precedent, but in practice such appeals are rarely granted. Contrary to the SAA, a condition of leave to appeal is not to be found in the Model law. This means that the Model Law, unlike the SAA, contains no conditions for leave to appeal.

2. Revision of the award

a. Grounds for revision

In the SAA, there are two different possibilities for revision of an award: (i) the arbitrators can correct, supplement or interpret an award in accordance with Section 32, provided that the award contains obvious inaccuracies resulting from a mistake,

[38] *Cf.* NJA 2008 (Judgment from the Swedish Supreme Court) s 1118.

such as miscalculations,[39] and (ii) according to Section 35, the court may stay proceedings for invalidity or setting aside of an award to allow for the arbitrators to resume the arbitral proceedings or take some other measure that would eliminate the grounds for court proceedings.

b. Proceedings

The time limits for revision of an award are narrow. The arbitrators can correct, supplement or interpret an award under Section 32 of the SAA if (a) a party so requests within thirty days of delivery of the award (the arbitrators then must correct or interpret the award within thirty days, while supplementation must be made within sixty days), or (b) correction, interpretation or supplementation is initiated by the arbitrators' own motion (such measures must be carried out within thirty days from the delivery of the award). Revision of an award does not affect the time limit for commencing setting aside proceedings but extends the time limit accordingly. For the court to stay the proceedings under Section 35, it is required that invalidity or setting aside proceedings have commenced and that either (a) one of the parties has requested such stay and the court finds the challenge of the award to be sufficiently substantial, or (b) both parties request such stay. There is no time limit for revision of the award under Section 35.

III. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

When dealing with recognition and enforcement of arbitral awards, the SAA distinguishes between Swedish arbitral awards and foreign arbitral awards. According to Section 52 of the SAA, if the arbitration proceedings were held abroad the award is considered foreign. As a main rule, an arbitral award should be recognized and enforced in Sweden if it is based on an arbitration agreement (Section 53 of the SAA). Enforcement of the award is initiated by filing an application for enforcement with the Svea Court of Appeal (Section 59 of the SAA). Enclosed with the application should be the original award or a certified copy of it. Usually, the applicant must also submit a certified translation of the award into Swedish (Section 56 of the SAA). The other party has a right to be heard before the Court of Appeal grants the application. The Svea Court of Appeal thereafter applies the New York Convention. The New York Convention applies to all foreign Arbitral awards, not only those regarding commercial disputes or those awards from states that are parties to the New York Convention.[40] The legal grounds for opposing enforcement of an award in Sweden

[39] *Regeringens proposition* 1998/99:35, p. 233.
[40] Lindskog, S. *Kommentar till lag om skiljeförfarande*. Norstedts juridik, 2005, p. 1224.

are in substance the same as in the New York Convention, laid down in Section 54 and Section 55 of the SAA.[41] It is for the Svea Court of Appeal to decide if an exequatur should be granted to a foreign award. The Court's decision can be appealed to the Sweden Supreme Court.

A Swedish award is considered to be an *exequatur* in itself, provided that it is based on a written and signed award in accordance with Section 31 of the SAA and that the time limit to challenge the award has passed. To enforce the award, the applicant must contact the Swedish Enforcement Authority and provide a copy of the award. The other party has a right to be heard before the enforcement is carried out.

If the Svea Court of Appeal has granted an application for recognition and enforcement of a foreign award, it can be enforced upon application to the Enforcement Authority. Commencement of actions for invalidity or challenge proceedings in the country of the arbitration does not automatically stay the enforcement.[42] The Court of Appeal can decide to stay the enforcement upon request from the opposing party if that party shows that the award is likely to be set aside as a result of the proceedings. Case law from the Swedish Supreme Court shows that requests to stay the enforcement are rarely granted.[43] Nevertheless, if the award has been set aside by the court at the place for arbitration, it cannot be enforced in Sweden (Section 54 point 5 of the SAA). If the applicant requests, the court can order the opposing party to provide reasonable security for the applicant's right (Section 58 of the SAA). If the Enforcement Authority finds that the award is likely to be invalid, the responding party must initiate proceedings to render the award invalid.

An award can be enforced within the general time limit under Swedish law, which is ten years. According to Svea Court of Appeal, the procedure to recognize and grant enforcement of a foreign award often takes between two to three months if the other party does not raise any objections. According to the Swedish Enforcement Authority, their procedure usually takes about one to two weeks, under the condition that the other party does not object.

---

41 Lundblad, C. Arbitration World 3rd edition – Sweden, 10 January 2010, http://www.europeanlawyer.co.uk/referencebooks_20_321.html.

42 NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1979 s 527.

43 NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1979 s 527, NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 1992 s 733 and NJA (Judgment from the Swedish Supreme Court) 2003 s 379.

V. Conclusion

Arbitration has long been the preferred method for settling commercial disputes in Sweden, and Sweden may generally be considered an arbitration-friendly jurisdiction. The international success of Sweden's main arbitration institute, the SCC Institute, also means that both experienced arbitrators and counsel are easy to find in Sweden.

Even though Sweden is not strictly speaking a Model Law country, its arbitration law is largely influenced by the Model Law. Swedish arbitration is very flexible and emphasises the parties' freedom to structure the proceedings as they wish. Party autonomy is central to arbitration in Sweden. The approach of Swedish arbitrators and counsel to procedural issues in arbitration is to some extent inspired by the rules applied in Swedish court proceedings, which is a model largely inspired by Anglo-Saxon procedural traditions in respect of oral hearings and witness examination. Disclosure of documents is available and generally requested but much more limited than in US-style discovery processes. Swedish courts and other state authorities generally take a very pro-arbitration approach.

Suiza

Anne-Carole Cremades

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en suiza.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— A. Fuentes de derecho interno.— B. Fuentes de derecho internacional.— C. El papel del derecho europeo en el arbitraje en Suiza.— III. La elección de Suiza como sede de arbitraje internacional.— A. El convenio arbitral.— 1. Validez del convenio arbitral.— 2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes no signatarias.— 4. *Kompetenz-Kompetenz*.— B. El Tribunal arbitral.— 1. Constitución del tribunal arbitral.— 2. Independencia e imparcialidad de los árbitros.— 3. Recusación de un árbitro.— C. El procedimiento arbitral.— 1. Las normas aplicables al procedimiento arbitral.— 2. Igualdad de partes y derecho a ser oído.— 3. Confidencialidad.— 4. Pruebas.— 5. Medidas cautelares.— D. Derecho aplicable al fondo del asunto.— E. El laudo.— 1. Tipos de laudos.— 2. Elaboración del laudo.— 3. Forma y contenido del laudo.— 4. Notificación del laudo.— F. Los recursos contra el laudo.— 1. Recurso en anulación.— 2. Recurso en revisión.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Conclusión.

I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Suiza

Suiza es considerada como una de las principales plazas de arbitraje de Europa y del mundo. Se debe a varios factores, empezando por su neutralidad histórica, su ubicación en el corazón de Europa, sus buenas infraestructuras y, sobre todo, la tradición pro-arbitraje tanto de la ley como de la jurisprudencia suiza, así como la calidad y la experiencia de sus especialistas.

La tradición de sede de arbitraje en Suiza se remonta a 1871, cuando Estados-Unidos y Gran Bretaña eligieron Ginebra como sede de arbitraje para el famoso caso «Alabama», en el que Estados-Unidos acusaba a Gran Bretaña de haber violado su obligación de neutralidad durante la guerra civil americana. El tribunal arbitral

condenó a Gran Bretaña a pagar más de 15 millones de dólares-oro, una cantidad considerable para la época. Gran Bretaña protestó, pero sin embargo ejecutó el laudo.

La práctica de arbitraje en Suiza es muy diversa. Incluye arbitraje *ad-hoc y* varios tipos de arbitraje institucional. La mayoría son arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), pero hay también muchos arbitrajes según otras reglas, como en materia de deporte (ante el Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana) o de propiedad intelectual (ante el centro de arbitraje y mediación de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, con sede en Ginebra) o según el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional («*Swiss Rules*»).

El Reglamento Suizo unificó en 2004 el procedimiento de los arbitrajes organizados por varias Cámaras de comercio (Basilea, Berna, Ginebra, Neuchâtel, Tesino, Vaud y Zúrich). Una novedad destacada de este Reglamento es el «procedimiento abreviado» que permite obtener un laudo en menos de seis meses: es aplicable a todos los casos en los que el monto en litigio es inferior a un millón de francos suizos (más o menos un millón de dólares) o a los casos de mayor cuantía cuando las partes lo hayan acordado. Desde su entrada en vigor en 2004, el Reglamento Suizo ha tenido un gran éxito, tanto en Suiza como internacionalmente: unos 600 arbitrajes se han llevado a cabo bajo este Reglamento entre 2004 y 2012, y más del 75 % de los casos han involucrado a partes no suizas. En aproximadamente un tercio de los casos se aplicó el procedimiento abreviado, lo que muestra que éste ha satisfecho una necesidad real de los usuarios. El Reglamento Suizo ha sido revisado en 2012.[1] Incluye ahora un procedimiento de emergencia aplicable cuando una parte requiere medidas provisionales urgentes antes de la constitución del tribunal arbitral.

El arbitraje en Suiza no se limita al arbitraje comercial. Se puede mencionar, por ejemplo, el mecanismo de resolución de controversias de la OMC (la Organización Mundial del Comercio), la Comisión de indemnización de Naciones Unidas tras la invasión de Kuwait por Irak, el Tribunal para la resolución de controversias relativas a cuentas durmientes, la Comisión de indemnización para las víctimas del nazismo, etc.

La piedra angular del arbitraje internacional en Suiza lo constituye el capítulo 12 sobre arbitraje internacional de la Ley federal de Derecho Internacional Privado (la «LDIP») de 18 de diciembre de 1987. Es una legislación moderna y flexible, que da mucha libertad y autonomía a las partes y al mismo tiempo garantiza la eficacia del procedimiento arbitral.

---

[1] CREMADES, A.C. & A.V. SCHLAEPFER. «El nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional». En *Revista Española de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, p. 458.

En sustancia, el concepto de arbitrabilidad es muy amplio en derecho suizo: cualquier litigio de tipo patrimonial puede ser resuelto por arbitraje, independientemente de lo que dispongan otras leyes implicadas. La voluntad de las partes es determinante en la mayoría de los temas. Los árbitros tienen que aplicar las normas de derecho escogidas por las partes. A falta de elección, los árbitros aplican las normas que presenten los vínculos más estrechos con el litigio. La determinación del derecho aplicable es, por lo tanto, totalmente independiente de las normas de derecho internacional privado suizo previstas por los otros capítulos de la LDIP e incluso por ley nacional (las partes o los árbitros pueden decidir la aplicación de la *lex mercatoria*).

De la misma manera, las partes son libres de determinar el procedimiento arbitral. No existe ninguna presunción de aplicabilidad del derecho procesal local. De hecho, la mayoría de los arbitrajes en Suiza siguen un procedimiento híbrido que mezcla rasgos de *civil law* y *common law*.

El juez suizo es muy poco intervencionista en materia de arbitraje. Su papel se limita, durante el arbitraje, a proporcionar auxilio judicial para asegurar la eficacia del procedimiento, por ejemplo facilitando la constitución del tribunal arbitral u otorgando medidas cautelares. Pero, el juez suizo se niega a interferir con el proceso arbitral; en particular, no acepta pronunciar «*anti-arbitration injunctions*».

Una vez dictado, el laudo es sometido a un solo nivel de control por los tribunales suizos. Los recursos en anulación se presentan directamente a la corte suprema del país, el Tribunal Federal, lo cual asegura una uniformidad de jurisprudencia en materia de arbitraje internacional. El plazo para interponer el recurso es de 30 días después de la notificación del laudo y el procedimiento ante del Tribunal Federal es relativamente rápido (con una media de 4-6 meses). La impugnación del laudo no tiene en principio ningún efecto sobre la ejecutabilidad del mismo.

Los motivos de anulación de los laudos en Suiza son limitados y similares a los del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. El Tribunal Federal ha desarrollado, desde hace varias décadas, una jurisprudencia favorable al arbitraje. Los laudos anulados representan un porcentaje muy pequeño de los laudos dictados en Suiza, alrededor de 7%. Las partes pueden incluso renunciar de manera anticipada a todo recurso, bajo algunas condiciones.

Más allá de estas consideraciones jurídicas, Suiza tiene una comunidad de profesionales del arbitraje muy activa e internacional, con abogados oriundos de varios países de Europa y América del Norte y del Sur, acostumbrados a tratar expedientes del mundo entero, incluso sin conexión alguna con Suiza, y en varios idiomas. Esta

comunidad se ocupa de hacer evolucionar la práctica arbitral y desarrollar nuevos productos, como el Reglamento Suizo.

A pesar de una gran competición en los últimos años con otras ciudades europeas, Suiza ha mantenido su liderazgo como plaza de arbitraje. Las estadísticas más recientes de la CCI revelan que Suiza es el país más elegido como sede de arbitraje (aparte de Francia que hospeda la CCI).[2] Los árbitros suizos también son muy populares y representan la nacionalidad más recurrente.

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

A. Fuentes de derecho interno

El arbitraje internacional en Suiza está regido por el capítulo 12 de la Ley federal de Derecho Internacional Privado (la «*LDIP*») del 18 de diciembre de 1987. La LDIP es una legislación moderna y completa. Contiene 200 artículos que establecen normas de conflictos de leyes y reglas de competencia internacional de los tribunales suizos para todas las ramas del derecho privado. También delimitan las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. El capítulo 12 sobre arbitraje internacional es el penúltimo capítulo de la ley antes de las disposiciones finales. Es relativamente corto y conciso: contiene tan sólo 19 artículos (art. 176-194). Eran disposiciones muy modernas para la época en que fueron adoptadas y lo siguen siendo.

El capítulo 12 es aplicable a todos los arbitrajes cuya sede está en Suiza si, en el momento de concluir el convenio arbitral, una de las partes no tiene su domicilio o su residencia habitual en Suiza (art. 176(1) LDIP).

Si estas dos condiciones están reunidas —(i) sede del arbitraje en Suiza y (ii) residencia en el extranjero de una de las partes cuando se acordó el convenio arbitral—, el arbitraje es internacional en el sentido del derecho suizo, y el capítulo 12 LDIP es aplicable. Sin embargo, las partes tienen la posibilidad de excluir por escrito la aplicación del capítulo 12 a favor del derecho aplicable al arbitraje doméstico (art. 176(2) LDIP).

Los arbitrajes domésticos estaban regidos hasta recientemente por el Concordato intercantonal de arbitraje de 1969. Desde el 1 de enero de 2011, están regidos por el nuevo Código de Procedimiento Civil. El derecho suizo sigue siendo por lo tanto

[2] *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20/1 - 2009: Statistics for 2008, pp. 10-12.

dualista manteniendo la distinción entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional. La nueva reglamentación sobre arbitraje doméstico es más larga y detallada (47 artículos) que el capítulo 12 LDIP, y consagra muchas soluciones de la jurisprudencia o de la práctica.

Debido a la concisión del capítulo 12 LDIP, la jurisprudencia del Tribunal Federal ha tenido y sigue teniendo un papel importante en el desarrollo del derecho del arbitraje comercial internacional. Las decisiones del Tribunal Federal a menudo hacen referencias a la doctrina suiza e incluso extranjera.

B. Fuentes de derecho internacional

Suiza es parte al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros («el Convenio de Nueva York»), el cual entró en vigor en Suiza el 30 de agosto de 1965.

Suiza no es parte al Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de1961.

C. El papel del derecho europeo en el arbitraje en Suiza

Suiza no es miembro de la Unión Europea. Por lo tanto, ni el Reglamento n.° 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del 22 de diciembre de 2000, que puede tener algunas implicaciones en materia de arbitraje internacional, ni el nuevo Reglamento n.° 1215/2012 del 12 de diciembre de 2012 que lo revisa y entrará en vigor en 2015, son aplicables en Suiza.

En cambio, Suiza sí es parte al Convenio de Lugano relativo la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil («el Convenio de Lugano»), firmado el 30 de octubre de 2007 (en substitución al precedente Convenio de 1988) entre los Estados miembros de la Unión Europea y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).[3] El Convenio de Lugano es muy similar al Reglamento n.° 44/2001.

El Protocolo 2 del Convenio de Lugano no sólo prevé una interpretación uniforme del Convenio entre los Estados partes al Convenio sino también un paralelismo de la interpretación del Convenio de Lugano y del Reglamento n.°

[3] La gran mayoría de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio han integrado desde entonces la Unión Europea y ya no forman parte de la AELC. Los miembros actuales de la AELC son Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

44/2001. El artículo 1(1) de dicho Protocolo dispone que los tribunales de los Estados partes al Convenio «*tendrán debidamente en cuenta*» los principios establecidos en las decisiones relevantes sobre el Convenio o el Reglamento dictadas por los tribunales de los Estados vinculados por el Convenio y por el Tribunal y la Corte de Justicia de la Unión Europea.[4]

Esta obligación está limitada al Convenio de Lugano y al Reglamento n.º 44/2001; no se aplica al resto de la legislación europea, como por ejemplo, el derecho de la competencia. En particular, el Tribunal Federal suizo considera que la violación del derecho europeo de la competencia no es contraria al orden público suizo y no acarrea la anulación del laudo en virtud del artículo 190(2)(e) LDIP.[5]

III. La elección de Suiza como sede de arbitraje internacional

A. El convenio arbitral

1. Validez del convenio arbitral

La validez de un convenio arbitral en derecho suizo depende del cumplimiento de las condiciones de forma previstas por el artículo 178(1) LDIP y de las condiciones de fondo previstas por el artículo 178(2) LDIP. Además, el objeto del litigio debe poder ser válidamente sometido al arbitraje (arbitrabilidad objetiva, regida por el artículo 177(1) LDIP) y las partes deben ser capaces de recurrir al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva, regida por el artículo 177(2) LDIP).

1.1. Validez formal

El artículo 178(1) LDIP exige que un convenio arbitral conste por escrito, mediante telegrama, télex, telecopiadora o cualquier otro medio de comunicación que permita probar el acuerdo por escrito.

Esta disposición es de aplicación imperativa, es decir, se aplica independientemente de la ley escogida por las partes para regir el contrato principal o el convenio arbitral.

---

4 Sobre este tema, ver recientemente MARKUS, A.R. & S. GIROUD. «A Swiss Perspective on West Tankers and Its Aftermath: What about the Lugano Convention?». Bulletin ASA, 2010, p. 230.

5 Sentencia del Tribunal Federal de 8 de marzo de 2006, publicada en el boletín oficial de las sentencias del Tribunal Federal, 132 III 389, par. 3 y en la revista de la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA), *Bulletin ASA*, 2006, p. 363. Las decisiones publicadas en el boletín oficial están en libre acceso en el siguiente website: http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/IndexCGI?lang=fr&zoom=OUT. La revista *Bulletin ASA* se puede consultar en la base de datos de Kluwer.

Aunque la ley escogida por las partes sea más exigente o más liberal en cuanto a la validez formal de un convenio arbitral, siempre que la sede de un arbitraje esté en Suiza, será sólo y exclusivamente el derecho suizo quien determinará la validez formal de un convenio arbitral.

El artículo 178(1) LDIP se refiere únicamente a un texto escrito, sin exigir que lleve la firma de las partes. Tanto los autores suizos como el Tribunal Federal consideran, a la luz del desarrollo de los medios modernos de comunicación, que la firma manuscrita ha perdido importancia en los negocios internacionales y, por lo tanto, no constituye una condición de validez formal del convenio arbitral.[6]

La clausula compromisoria puede también ser incorporada por referencia. La exigencia del carácter escrito se considera cumplida cuando un contrato se refiere a otro documento (como, por ejemplo, unas condiciones generales) que contiene un convenio arbitral. Una referencia general al documento que contiene el convenio arbitral es considerada suficiente. No hace falta que la referencia al convenio arbitral sea explícita.[7]

Las partes pueden en cualquier momento renunciar al arbitraje y rescindir el convenio arbitral por mutuo consentimiento, sin que este consentimiento esté sujeto a los requisitos de forma del artículo 178(1) LDIP. No existe por lo tanto ningún paralelismo de formas.[8]

1.2. Validez substantiva

Según el artículo 178(2) LDIP, el convenio arbitral es válido si se ajusta (i) al derecho acordado por las partes específicamente para gobernar el convenio arbitral, o (ii) al derecho aplicable al fondo de la controversia (en particular al contrato principal), o (iii) al derecho suizo.

Esta norma de conflicto alternativa *in favorem validitatis* refleja la filosofía pro-arbitraje del derecho suizo del arbitraje internacional y la voluntad de limitar lo más posible la nulidad del convenio arbitral. Un convenio arbitral será considerado válido si respeta las condiciones de fondo de cualquiera de las tres leyes designadas por el artículo 178(2) LDIP, aun cuando no fuera válido en derecho suizo o según el derecho aplicable al contrato que lo contiene.

---

6 Sentencia del Tribunal Federal de 16 de enero de 1995, 121 III 38.

7 Sentencia del Tribunal Federal de 7 de febrero de 2001, 4P.230/2000, *Bulletin ASA*, 2001, p. 523.

8 Poudret / Besson, *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2007, par. 379.

El artículo 178(2) LDIP se aplica a todo lo que atañe a la validez sustantiva del convenio arbitral: la validez del consentimiento (oferta y aceptación; falta de consentimiento debida a un error, dolo o violencia); la existencia y eficacia de una eventual renuncia al convenio arbitral; la determinación del ámbito de los litigios cubiertos por el convenio arbitral (determinar si se aplica, por ejemplo, a litigios derivados de contratos accesorios que no contienen su propia cláusula de resolución de controversias);[9] la determinación del ámbito de las partes obligadas por el convenio arbitral; el cumplimiento de las eventuales condiciones preliminares al arbitraje (negociación, mediación), etc.

Cuando la validez sustantiva del convenio arbitral se determina bajo derecho suizo, el convenio tiene que reflejar la voluntad expresa o implícita[10] de las partes de recurrir al arbitraje. Un convenio patológico será considerado válido siempre y cuando se pueda inferir la voluntad de las partes de someter su litigio al arbitraje.[11]

El Tribunal Federal considera que hay que determinar de manera restrictiva si las partes han consentido o no al arbitraje. Sin embargo, en cuanto el consentimiento ha sido establecido con certeza, el Tribunal Federal interpreta el alcance del convenio de manera relativamente amplia, considerando que, salvo estipulación contraria, las partes acordaron una competencia general del tribunal arbitral.[12] Se suele considerar que un convenio arbitral que se refiere a los litigios derivados de la ejecución del contrato abarca cualesquiera cuestiones relativas a su incumplimiento, resolución y caducidad así como la indemnización de daños y perjuicios, incluso en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

1.3. Arbitrabilidad

La arbitrabilidad objetiva es la aptitud de un litigio de ser resuelto por arbitraje. El artículo 177(1) LDIP dispone que «cualquier interés patrimonial puede ser objeto de un arbitraje». Se trata de una norma sustantiva aplicable a todo arbitraje con sede en Suiza, independientemente del derecho que rige el contrato. El concepto de «*interés patrimonial*» abarca toda reclamación que tenga un valor económico para una de las partes. Aunque esté controvertido, la mayoría de los autores consideran que el tribunal arbitral tiene la posibilidad de examinar la arbitrabilidad objetiva *ex oficio*.

---

9 Sentencia del Tribunal Federal de 20 de septiembre de 2011, 4A_103/2011, comentado en Kluwer Blog el 30 de noviembre de 2011.

10 Sobre la voluntad implícita, ver en particular la cuestión de la extensión del convenio arbitral a terceras partes no signatarias (par. 43-49).

11 Sentencia del Tribunal Federal de 21 de noviembre de 2001, 130 III 66, par. 3.1; sentencia del Tribunal Federal de 8 de julio de 2003, 129 II 675, par. 2.3.

12 Sentencia del Tribunal Federal de 8 de julio de 2003, 129 III 675, par. 2.3.

En la práctica, la cuestión de la arbitrabilidad objetiva se ha planteado con mayor frecuencia en el contexto del derecho de la competencia.[13] El Tribunal Federal considera que un tribunal arbitral con sede en Suiza es competente para examinar la validez de un contrato en virtud de un derecho extranjero de la competencia y que debe incluso hacerlo si lo pide una parte.[14] Sin embargo, el Tribunal Federal considera que la violación del derecho suizo o europeo de la competencia no es contraria al orden público y no acarrea la anulación del laudo en virtud del artículo 190(2)(e) LDIP.[15]

La arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad de una persona o entidad de ser parte a un convenio arbitral. Dicha capacidad está determinada por la ley designada por la norma de conflicto que rige la capacidad de esta persona o entidad[16] y la representación de la misma,[17] y no por la norma de conflicto del artículo 178(2) LDIP.

Cuando una de las partes es un Estado o una empresa estatal, el artículo 177(2) LDIP prevé lo siguiente: «Un Estado, una empresa propiedad de un Estado, o una organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, no puede invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en el acuerdo de arbitraje». En tales casos, la arbitrabilidad está regida únicamente por el artículo 177(2) LDIP independientemente de lo que disponga la legislación del Estado en cuestión. Ello demuestra de nuevo el carácter pro-arbitraje del derecho suizo, que impide que un Estado o una empresa estatal que han firmado un convenio arbitral intenten ulteriormente escapar al arbitraje alegando su ley nacional.

2. Separabilidad del convenio arbitral

El artículo 178(3) LDIP precisa que «La validez del convenio arbitral no puede ser impugnada sobre la base que el contrato principal no es válido o que el convenio arbitral se refiere a una controversia que aún no ha surgido».

Esta disposición refleja el principio de separabilidad del convenio arbitral del contrato principal. De manera general, la inexistencia, nulidad, caducidad, resolución o rescisión del contrato principal no afectan al convenio arbitral.

---

13 Rigozzi. «Arbitrage, Ordre public et droit communautaire de la concurrence». En *Bulletin ASA*, 1999, p. 455.

14 Sentencia del Tribunal Federal de 28 de abril de 1992, 118 II 193, par. 5.

15 Sentencia del Tribunal Federal de 8 de marzo de 2006, 132 III 389, par. 3; *Bulletin ASA*, 2006, p. 363.

16 Artículos 35-36 and 154-155 LDIP.

17 Artículos 126, 155 and 158 LDIP.

Sin embargo, el principio de separabilidad no es siempre aplicable. En algunos casos, la nulidad del contrato principal se puede extender al convenio arbitral, por ejemplo cuando una de las partes no tiene la capacidad necesaria para celebrar el contrato o cuando el contrato se firmó bajo coacción.[18]

3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes no signatarias

Aunque en virtud del principio de la relatividad contractual, solamente las partes al contrato principal están vinculadas por el convenio arbitral, el derecho suizo admite, sin embargo, la «extensión» del convenio arbitral a terceras partes «no signatarias» en algunas circunstancias.[19]

Además de los casos de transmisión automática del convenio arbitral mediante mecanismos contractuales o societarios (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.), el convenio arbitral se puede extender a terceros no signatarios en dos tipos de circunstancias: (i) cuando, por su conducta, el tercero ha demostrado su intención tácita de ser parte al convenio arbitral, y (ii) cuando se debe levantar el velo social para evitar un abuso de derecho. El primer caso está basado en el consentimiento (presunto) del tercero, mientras que el segundo deriva de la teoría de la prohibición del abuso de derecho.

El Tribunal Federal ha juzgado que el artículo 178(1) LDIP que exige la forma escrita del convenio arbitral se aplica exclusivamente al convenio arbitral mismo, por el cual las partes iniciales manifestaron su voluntad de someterse al arbitraje. Pero la cuestión del ámbito de aplicación personal de un convenio arbitral formalmente válido (es decir determinar quiénes son las partes vinculadas) es una cuestión de fondo, y no de forma, regida por el artículo 178(2).[20] Por lo tanto, basta con que uno de los tres derechos designados por la regla de conflicto alternativa prevista por el artículo 178(2) (ver par. 31-32) considere que el tercero es parte al convenio arbitral para que éste se le sea extendido.[21]

---

[18] GEISINGER / VOSER (eds). *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*. Kluwer, 2013, p. 46.

[19] En realidad, la expresión de «extensión» del convenio arbitral a terceras partes «no signatarias» es doblemente impropia: primero, porque no se trata de «extender» la cláusula arbitral, sino de determinar, más allá del mero texto de la cláusula, quién es realmente parte al convenio arbitral; segundo, porque hoy en día la firma no es un criterio decisivo a la hora de determinar quiénes son las partes al convenio arbitral y, de hecho, el derecho suizo no exige la firma para la validez formal del convenio arbitral (ver par. 28).

[20] Sentencia del Tribunal Federal de 16 de octubre de 2003, 129 III 727, *Bulletin ASA*, 2004, p. 364, par. 5.

[21] En teoría, este análisis se limita exclusivamente a la cuestión de la extensión de la simple cláusula arbitral (*i.e.*, saber si el tercero es o no parte al procedimiento arbitral) y no del contrato

En derecho suizo (que es uno de los tres derechos designados por el artículo 178(2) LDIP), se considera que el tercero que ha participado activamente a la negociación o ejecución de un contrato ha mostrado implícitamente, por sus actos, su intención de ser parte a dicho contrato y ha creado, en los ojos de la contraparte, la apariencia de que era parte al contrato. Por lo tanto, será considerado parte al convenio arbitral aunque no sea formalmente designado como parte al contrato.

En una destacada decisión de 2008, el Tribunal Federal procedió a la extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes en un caso en el que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y ulteriormente el árbitro único habían rechazado la solicitud de extensión a terceros formulada por una de las partes. El Tribunal Federal consideró que la intensa implicación de los terceros en la negociación del contrato, así como el rol que se habían reservado en su ejecución a través de otro contrato estrechamente vinculado con el primero, mostraban que dichos terceros habían manifestado, por su conducta, el consentimiento tácito de querer ser parte al convenio arbitral.[22]

La segunda circunstancia en la cual se puede extender un convenio arbitral a un no signatario es cuando una parte (no signataria) controla los negocios de otra (signataria) y abusa de este control. En esta situación, se permite hacer caso omiso de las personalidades jurídicas distintas y tratarlas como una única entidad, parte al contrato y por lo tanto al convenio arbitral. No se trata *stricto sensu* de una extensión del convenio arbitral sino que se considera que el tercero remplaza a la parte como parte. Este levantamiento del velo social es conocido en Suiza bajo la expresión alemana de «*Durchgriff*». Al ser una excepción al principio de independencia de la personalidad legal de las corporaciones, deben existir circunstancias excepcionales. Los tribunales suizos son muy estrictos al respect.[23]

La llamada teoría del grupo de compañías no es admitida en derecho suizo y por lo tanto no constituye un fundamento suficiente para extender un convenio arbitral a una entidad del grupo.

---

principal (*i.e.*, saber si el tercero es o no parte al contrato), la cual depende en teoría de la ley aplicable al contrato. Sin embargo, es poco común que los árbitros hagan esta distinción; muchas veces extienden tanto el convenio arbitral como el contrato principal tras un análisis factual del comportamiento del tercero sin referencia al derecho aplicable.

22 Sentencia del Tribunal Federal de 5 de diciembre de 2008, 4A_376/2008, *Bulletin ASA*, 2009, p. 745.

23 Sentencia del Tribunal federal de 25 de agosto de 2009, 4A_160/2009, *Bulletin ASA*, 2010, p. 297.

4. *Kompetenz-Kompetenz*

El convenio arbitral tiene por efecto principal dar competencia a los árbitros para conocer del litigio y por lo tanto privar a los tribunales estatales de la misma. Sin embargo, el juez no puede declarar su incompetencia de oficio, sino que le corresponde a la parte interesada formular una excepción de incompetencia.

El artículo 7 LDIP dispone que cuando se somete a un tribunal suizo una controversia sujeta a un convenio arbitral, declinará su competencia a menos que: (a) el demandado se haya defendido al fondo sin invocar ninguna objeción jurisdiccional o (b) el tribunal considerara que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o no susceptible de ser aplicado o (c) el tribunal arbitral no pueda ser constituido por razones manifiestamente debidas al demandado en el arbitraje.

El Tribunal Federal opera actualmente una distinción en cuanto al grado de examen que se debe operar dependiendo de si el arbitraje tiene o no su sede en Suiza. Considera que cuando el convenio arbitral fija la sede del arbitraje en Suiza, el control operado por el juez bajo el artículo 7 LDIP se limita a un examen *prima facie* de la validez del convenio arbitral. Este control limitado se justifica por el hecho que el poder judicial suizo tendrá ulteriormente la posibilidad de examinar más en detalle la validez del convenio arbitral durante un eventual recurso en anulación contra el laudo. En cambio, cuando la sede del arbitraje está fuera de Suiza, el juez suizo efectúa un control completo de la validez del convenio arbitral puesto que los tribunales suizos no tienen a priori vocación a volver a conocer del tema, ya que el recurso en anulación no se podrá interponer en Suiza.[24]

Por lo tanto, el derecho suizo consagra sólo parcialmente el llamado «efecto negativo» del principio competencia-competencia. En 2008, se presentó una propuesta de ley con el objetivo de generalizar el «efecto negativo», como en derecho francés, dando siempre prioridad al árbitro para decidir sobre la validez del convenio arbitral, que la sede esté o no en Suiza, salvo si un examen sumario muestra que no existe convenio arbitral entre las partes. Esta propuesta ha sido criticada por algunos autores[25] y por ahora no ha sido adoptada.

En cuanto al «efecto positivo» del principio competencia-competencia, está consagrado en el artículo 186(1) LDIP según el cual «el tribunal arbitral decidirá sobre su propia competencia». Bajo este principio, los árbitros tienen derecho a pronunciarse sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral.

---

[24] Sentencia del Tribunal Federal de 25 de octubre de 2010, *Bulletin ASA*, 2011, p. 129.

[25] BESSON, S. «Réflexions sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)». *Bulletin ASA* 2011, p. 574.

El tribunal arbitral deberá decidir sobre su propia competencia siempre y cuando una parte haya presentado una objeción jurisdiccional en el momento oportuno. Según el artículo 186(2) LDIP, «un alegato de incompetencia [del tribunal arbitral] debe hacerse valer antes de cualquier defensa sobre el fondo». Si una objeción jurisdiccional no se formula antes o con la defensa sobre el fondo, se considerará que el demandado ha consentido al arbitraje. El tribunal arbitral también debe examinar su propia competencia de oficio, si el demandado no participa en el procedimiento.[26]

El tribunal arbitral conserva la posibilidad de decidir sobre su propia competencia aun cuando hubiera un procedimiento paralelo, e incluso iniciado con anterioridad, ante un tribunal estatal u otro tribunal arbitral. Pero no siempre fue así. En una controvertida decisión Fomento de 2001, el Tribunal Federal decidió que las reglas de *lis pendens* eran aplicables en materia de arbitraje, con la consecuencia que un tribunal arbitral con sede en Suiza tenía la obligación de suspender el arbitraje cuando una de las partes había iniciado con anterioridad un procedimiento judicial en el extranjero y que se esperaba, en un plazo razonable, una decisión susceptible de ser reconocida en Suiza.[27] Frente a las múltiples críticas emitidas contra esta decisión, el Parlamento Federal Suizo adoptó un nuevo artículo 186(1bis) LDIP que dispone que: «[El tribunal arbitral] decide sobre su competencia, independientemente de que una acción sobre el mismo asunto, entre las mismas partes, esté pendiente ante juez o ante otro tribunal arbitral, a menos que por circunstancias graves se requiera la suspensión del procedimiento».

De acuerdo con el artículo 186(3) LDIP, «como regla, el tribunal arbitral decidirá sobre su competencia en un laudo preliminar». Sin embargo, no es una obligación para los árbitros; tienen la posibilidad de decidir sobre la competencia al mismo tiempo que el fondo del litigio, en el laudo final. La decisión del tribunal arbitral sobre su competencia o incompetencia (bien sea en un laudo preliminar o final) puede ser impugnada ante el Tribunal Federal suizo, en virtud del artículo 190(2)(b) LDIP, dentro de los treinta días de la comunicación de la decisión. Una parte que quiera impugnar la competencia del tribunal arbitral deberá interponer un recurso en anulación contra el primer laudo que dicte el tribunal arbitral, bien sea un laudo preliminar específicamente sobre la competencia o cualquier otro laudo parcial, so pena de no poder hacerlo ulteriormente contra otro laudo que dictara el tribunal.

---

[26] Sentencia del Tribunal Federal de 19 de abril de 1994, 120 II 155, par. 3b/bb.

[27] Sentencia del Tribunal Federal de 14 de mayo de 2001, 127 III 279, *Bulletin ASA*, 2001, p. 555 y nota J.M. Vulliemin en p. 439.

B. El Tribunal arbitral

1. Constitución del tribunal arbitral

Según el artículo 179(1) LDIP, «Los árbitros serán nombrados, removidos o sustituidos conforme al acuerdo de las partes». Las partes tienen una amplia libertad en cuanto a la constitución del tribunal arbitral. Esta libertad está, sin embargo, limitada por el principio fundamental de equidad procesal, el cual abarca el derecho de las partes a la igualdad de trato. Por lo tanto, un acuerdo que concedería a una parte una influencia desproporcionada sobre la constitución del tribunal arbitral sería considerado inválido.

A falta de acuerdo de las partes sobre la designación del tribunal arbitral, cualquiera de ellas podrá recurrir al juez de primera instancia del tribunal cantonal de la sede del arbitraje como juez de apoyo (artículo 179(2) LDIP). Éste tendrá la obligación de proceder al nombramiento del tribunal arbitral, a menos que un examen sumario demuestre que no hay acuerdo de arbitraje entre las partes (artículo 179(3) LDIP).

La decisión del juez de apoyo que se niega a nombrar a un árbitro puede ser impugnada. En cambio, la decisión que nombra a un árbitro no puede ser impugnada inmediatamente; el nombramiento sólo podrá ser impugnado indirectamente durante el recurso en anulación del laudo.[28]

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros

El artículo 30(1) de la Constitución federal suiza garantiza expresamente el derecho a un tribunal estatal independiente e imparcial. El Tribunal Federal considera que esta doble garantía fundamental (independencia e imparcialidad) se aplica también a los tribunales arbitrales con sede en Suiza, aunque el artículo 180(1)(c) relativo a las causas de recusación se refiera únicamente al concepto de independencia, y no de imparcialidad.[29]

Durante muchos años, existía un debate doctrinal acerca de saber si las condiciones de independencia e imparcialidad se aplicaban de la misma manera al presidente o árbitro único y a los árbitros nombrados por las partes. Varias decisiones del Tribunal Federal habían voluntariamente dejado la cuestión abierta. En una importante decisión de 2010, el Tribunal Federal afirmó que las condiciones de

[28] Sentencia del Tribunal Federal de 11 de septiembre de 1989, 115 II 294, par. 3.
[29] Sentencia del Tribunal Federal de 27 de mayo de 2003, 129 III 445, par. 4.2.2.2.

independencia e imparcialidad se debían aplicar igualmente a todos los árbitros, incluso los nombrados por las partes.[30]

El Tribunal precisó que era sin embargo consciente que una independencia absoluta de todos los árbitros es un ideal que pocas veces será realidad, debido al proceso de designación de los árbitros, el cual crea un vínculo objetivo entre el árbitro y la parte que lo ha nombrado. El Tribunal subrayó que aunque el poder del árbitro, contrariamente al juez, deriva de la voluntad de la parte que lo ha nombrado, la concepción según la cual el árbitro «de parte» defiende la posición de esta parte debe ser categóricamente rechazada.[31]

3. Recusación de un árbitro

Aunque no esté mencionado en el capítulo 12 LDIP, el Tribunal Federal considera que los árbitros tienen la obligación de revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a un motivo de recusación.[32] Sin embargo, la falta de comunicación de dichas circunstancias no constituye, en sí, un motivo de anulación del laudo; solamente tales circunstancias pueden ser un motivo de anulación.[33]

El artículo 180(1) LDIP enumera tres motivos de recusación de un árbitro: si «(a) no cumple con los requisitos acordados por las partes; (b) existe una causa de recusación según el reglamento de arbitraje acordado por las partes; (c) existen circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia».

Como se ha mencionado, aunque este artículo sólo se refiera a la independencia, la jurisprudencia considera que un árbitro debe también ser imparcial. Por lo tanto, una duda justificada acerca de su falta de imparcialidad es también una causa de recusación.

Las circunstancias que dan lugar a dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro deben estar basadas en hechos concretos que puedan justificar, objetiva y razonablemente, la falta de confianza en el árbitro por parte de una persona razonable.[34] La percepción subjetiva de las partes es irrelevante.

---

30 Sentencia del Tribunal Federal de 29 de octubre de 2010, 4A_234/2010, par. 3.3.1.

31 *Ibidem*.

32 Sentencia del Tribunal Federal de 14 de marzo de 1985, 111 Ia 72, par. 2c. El deber de revelación de los árbitros ha sido integrado en la reforma del derecho del arbitraje doméstico que ha entrado en vigor en 2011 (artículo 363 del Código de Procedimiento Civil).

33 Sentencia del Tribunal Federal de 15 de octubre de 2001, 4P.188/2001, *Bulletin ASA* 2002, par. 2f.

34 Por ejemplo, sentencia del Tribunal Federal de 27 de mayo de 2003, 129 III 445, par. 4.2.2.2.

Por ejemplo, el Tribunal Federal ha considerado que las circunstancias siguientes suscitaban dudas justificadas respecto a la independencia e imparcialidad de un árbitro: el árbitro es miembro de la junta ejecutiva y accionista de la sociedad parte al arbitraje;[35] la esposa del árbitro es asociada del bufete que asesora a la parte que lo nombró;[36] el árbitro ha sido abogado de una de las partes, o incluso de su contraparte, en otro procedimiento;[37] el árbitro ha publicado un artículo que muestra que ya se ha formado una opinión sobre el caso en cuestión y que es poco probable que cambie de parecer.[38]

En cambio, el Tribunal Federal ha juzgado que las siguientes circunstancias no eran causas de recusación: el árbitro y uno de los abogados han sido o son co-árbitros en otro arbitraje;[39] el árbitro y el abogado han asesorado conjuntamente a una tercera parte en un procedimiento penal sin relación con el arbitraje;[40] el árbitro y el abogado son miembros de una misma asociación profesional o social.[41]

No existe en derecho suizo un plazo legal para solicitar la recusación de un árbitro. Ahora bien, una parte que quiere recusar a un árbitro lo debe hacer sin demora en un plazo razonable después de haber descubierto la causa de recusación. De no hacerlo, se considerará que ha renunciado a la misma y no podrá invocarla ulteriormente, para apoyar ni una solicitud de recusación ni un recurso en anulación del laudo.

De la misma manera, el Tribunal Federal considera que las partes tienen el deber de verificar la independencia de los árbitros en el momento de su nombramiento. No se podrá invocar como causa de anulación del laudo una circunstancia relativa a la falta de independencia de un árbitro que se hubiera podido fácilmente descubrir cuando fue nombrado, aunque no la haya revelado el árbitro.[42].

Si el arbitraje es institucional, la decisión de la institución sobre la recusación no es susceptible de impugnación inmediata en derecho suizo. Solamente se podrá impugnar de manera indirecta ulteriormente a través del recurso en anulación del laudo.

---

35 Sentencia del Tribunal Federal de 14 de marzo de 1985, 111 Ia 72, par. 2a.
36 Sentencia del Tribunal Federal de 26 de octubre de 1966, 92 I 271, par. 5.
37 Sentencia del Tribunal Federal de 6 de octubre de 2008, 135 I 14, par. 4.3.
38 Sentencia del Tribunal Federal de 7 de noviembre de 2006,133 I 89, par. 3.3.
39 Sentencia del Tribunal Federal de 4 de agosto de 2006, 4P.105/2006, par. 4.
40 Sentencia del Tribunal Federal de 12 de junio de 2009, 4A 586/2008, par. 3.2.
41 Sentencia del Tribunal Federal de 27 de mayo de 2003, 129 III 445, par. 4.2.2.2.
42 Sentencia del Tribunal Federal de 20 de marzo de 2008, 4A_506/2007, par. 3.2.

Si se trata de un arbitraje ad hoc y las partes no han acordado el procedimiento de recusación, el artículo 180(3) LDIP da competencia al juez cantonal de la sede del arbitraje, quien «tomará la decisión final», lo que excluye un recurso en apelación. Sigue en cambio controvertida la cuestión de saber si esta disposición implica también la exclusión del recurso en anulación contra el laudo por composición irregular del tribunal arbitral (art. 190(2)(a) LDIP) cuando el juez cantonal rechaza la recusación. Después de haber aceptado en 1998 la admisibilidad del recurso en anulación,[43] el Tribunal Federal ha cambiado de parecer en 2002, considerándose vinculado por la decisión del juez cantonal.[44] Esta decisión ha sido criticada por varios autores: si bien es cierto que el artículo 180(3) LDIP indica que el juez de apoyo «tomará la decisión final», esta formulación excluye únicamente los recursos directos (por vía de apelación) contra la decisión del juez de apoyo, pero no el control indirecto, por el Tribunal Federal, de la regularidad de la constitución del tribunal arbitral durante un recurso en anulación.[45]

C. El procedimiento arbitral

1. Las normas aplicables al procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral no está regido por el derecho procesal suizo de la sede del arbitraje, sino que depende de la voluntad de las partes, o en su defecto del tribunal arbitral. Los dos primeros apartados del artículo 182 LDIP disponen que: «(1) Las partes podrán, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, determinar el procedimiento de arbitraje; también podrán someter el procedimiento de arbitraje a la legislación procesal de su elección» y «(2) Si la partes no han determinado el procedimiento, el tribunal arbitral lo determinará en la medida necesaria, ya sea directamente o por referencia a una ley o reglamento de arbitraje».

Hay que distinguir, por una parte, el procedimiento arbitral (artículo 182 LDIP) y, por otra parte, el derecho aplicable al arbitraje o «*lex arbitri*» (artículo 176(1) LDIP). Cuando la sede del arbitraje está en Suiza y que, al momento de concluir el convenio arbitral, una de las partes no tenía su domicilio en Suiza, el Capítulo 12 de la LDIP es necesariamente aplicable como *lex arbitri* (artículo 176(1) LDIP). Es decir, el derecho suizo regula obligatoriamente el arbitraje y se aplica a cuestiones tales como la validez del convenio arbitral o los motivos de anulación de un laudo arbitral.

---

43 Sentencia del Tribunal Federal de 9 de febrero de 1998, *Bulletin ASA* 1998, p. 634.

44 Sentencia del Tribunal Federal de 3 de julio de 2005, 128 III 330, par. 2.2.

45 Kohler Kaufmann / Rigozzi. *Arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2010, par. 402; Poudret / Besson. *Comparative law of international arbitration*, Schulthess, 2007, par. 791; contra Knoepfler / Schweizer. *Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international*, p. 680.

El artículo 182 LDIP concierne, en cambio, las normas aplicables al procedimiento arbitral, es decir cómo se tramita el procedimiento (por ejemplo cuestiones relativas al examen de los testigos). Solamente en relación con el procedimiento arbitral las partes (o el tribunal arbitral) tienen la libertad de elegir las normas aplicables.

Las decisiones del tribunal arbitral relativas a la organización del procedimiento arbitral no constituyen laudos arbitrales y, por lo tanto, no son susceptibles de recurso en anulación. Tampoco gozan de la autoridad de cosa juzgada y pueden ser modificadas ulteriormente por los árbitros, siempre y cuando se respeten el principio de igualdad de partes y el derecho a ser oído.

2. Igualdad de partes y derecho a ser oído

Que el procedimiento arbitral esté determinado por las partes o por el tribunal arbitral, el artículo 182(3) LDIP exige que «el tribunal arbitral deberá garantizar el trato igual de las partes y el derecho de éstas a ser oídas en procedimientos contradictorios». Estos principios forman parte del orden público procesal suizo y su incumplimiento es un motivo de anulación del laudo (art. 190(2)(d) LDIP).

El derecho a la igualdad de trato exige que el tribunal arbitral aplique normas de procedimiento similares a todas las partes y que éstas tengan la misma oportunidad de defender su posición.[46] El derecho a la igualdad de trato no es absoluto; sólo exige que el tribunal arbitral trate situaciones comparables de manera comparable. El tribunal arbitral podrá adoptar medidas diferentes en relación con una de las partes siempre y cuando lo justifique la situación de esta parte.

La jurisprudencia suiza ha deducido del derecho a ser oído en forma contradictoria el deber del tribunal arbitral de examinar y discutir en el laudo todos los puntos relevantes expuestos por las partes. Cuando por inadvertencia o equivocación, los árbitros no han tomado en consideración alegatos o pruebas de una parte que eran importantes para la resolución de la disputa, esta parte se encuentra de facto en la misma situación que si hubiera sido privada de su derecho a ser oída en forma contradictoria sobre este punto. Es el concepto de «denegación de justicia formal» («*déni de justice formel*»), que es causa de anulación del laudo en virtud del artículo 190(2)(d) LDIP). De hecho, las pocas anulaciones de laudos arbitrales que han sido pronunciadas en los últimos años han sido la mayoría de las veces bajo este concepto.[47]

---

[46] Sentencia del Tribunal Federal de 6 de octubre de 2004, 4P.117/2004, par. 2 1.

[47] Ver por ejemplo las sentencias del Tribunal Federal de 26 de mayo de 2010, 4A_433/2009 y de 16 de mayo de 2011, 4A_46/2011. Sobre este tema, ver CREMADES, A.C. & A. V. SCHLAEPFER. «La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión».

En cambio, el derecho a ser oído en forma contradictoria no está violado si el tribunal arbitral se niega a admitir una prueba relativa a hechos ya establecidos por otras pruebas en el expediente, o una prueba que estime irrelevante para la resolución del litigio, o si se niega a considerar alegatos o pruebas presentados después de la expiración del plazo aplicable.[48]

3. Confidencialidad

El Capítulo 12 de la LDIP no especifica si el arbitraje internacional es o no confidencial, lo que puede plantear problema cuando las partes no lo han previsto expresamente. Los autores suizos están divididos al respecto: algunos consideran que sí existe una obligación implícita de las partes de mantener el arbitraje confidencial, la cual deriva de la elección del arbitraje como modo de resolución de controversias,[49] mientras que, para otros, el arbitraje no implica de por sí una obligación de confidencialidad (en particular, cuando las partes no han hablado del tema durante la negociación del convenio arbitral o al principio del arbitraje, no se puede presumir que hayan llegado a ningún acuerdo tácito).[50] Hasta la fecha, el Tribunal Federal no ha tomado partido sobre esta cuestión.

En cambio, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional consagra el principio de confidencialidad del arbitraje salvo acuerdo contrario de las partes (art. 44).

4. Pruebas

Según el artículo 184(1) LDIP, «El tribunal arbitral conducirá por sí mismo la recepción de pruebas». Aunque las partes se hayan acordado sobre la presentación de las pruebas, el tribunal arbitral tendrá total libertad para decidir sobre la admisibilidad, la pertinencia y la fuerza probatoria de las pruebas ofrecidas por las partes. El tribunal arbitral deberá, sin embargo, respetar los principios fundamentales de equidad procesal previstos por el artículo 182(3) LDIP anteriormente mencionado.

En *Libro Homenaje a Yves Derains & Bernardo Cremades*, *Arbitraje Internacionales: Pasado, Presente y Futuro*. Lima, 2013.

48 Sentencia del Tribunal Federal de 21 de septiembre de 2007, 4A_220/2007, par. 8.1.

49 Poudret / Besson. *Comparative law of international arbitration*. *Op. cit.*, par. 369; Bucher / Tschanz. *International arbitration in Switzerland*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, 1988, p. 79.

50 Ritz, P. *Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 94; Ritz, P. «Privacy and Confidentiality Obligation on Parties in Arbitration under Swiss Law». En *Journal of International Arbitration,* 17, 2010, p. 23.

La carga de la prueba, a diferencia de su admisibilidad, es una cuestión de derecho sustantivo regida como tal por el derecho aplicable al fondo de la controversia según el artículo 187 LDIP.

En cuanto a los testigos de hecho, se admite en los arbitrajes con sede en Suiza que un empleado o el representante de una parte sean testigos. También se admite que el interrogatorio del testigo se prepare con los abogados de la parte que lo presenta, siempre y cuando ello no le impida declarar sinceramente.

En la práctica, el poder de los árbitros está limitado por su falta de *imperium*, como, por ejemplo, en los casos en los que un elemento de prueba está en manos de una parte o de un tercero que no lo comunica espontáneamente. El artículo 184(2) LDIP prevé que «Si la asistencia de autoridades judiciales es necesaria para la práctica de pruebas, el tribunal arbitral o una de las partes por acuerdo del tribunal arbitral, podrá solicitar la asistencia del juez del lugar en donde el tribunal arbitral tenga su sede: el juez aplicará su propio derecho». El juez podrá o bien recibir él mismo la prueba u ordenar por ejemplo a un testigo recalcitrante que se presente ante el tribunal arbitral.[51] El juez sólo podrá ordenar una medida que exista en derecho suizo. Si la medida ordenada por los árbitros no existe en derecho suizo, el juez ordenará la medida suiza más similar.

Esta disposición implica que tanto el tribunal arbitral como la prueba estén ubicados en Suiza. No es aplicable cuando la prueba y el tribunal arbitral no están ambos en Suiza, lo que ocurre con relativa frecuencia en arbitraje internacional.

Cuando la prueba está en el extranjero, los árbitros con sede en Suiza benefician de la red de asistencia judicial de la que dispone el juez suizo. Podrán pedir al juez suizo que envíe una carta rogatoria en aplicación del Convenio de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.[52] En la práctica, el juez suizo emite automáticamente la carta rogatoria, sin verificar la relevancia de las pruebas solicitadas, ni la competencia del tribunal arbitral.

---

[51] Para un ejemplo de aplicación del artículo 184(2) LDIP, ver la decisión del 9 de mayo de 1990, *Bulletin ASA*, 1990, p. 283. En este caso, un testigo residente en Suiza no se había presentado a una primera convocatoria para un interrogatorio por un tribunal arbitral con sede en Suiza. Los árbitros solicitaron el apoyo del Presidente del Tribunal de primera instancia de Ginebra, quien ordenó inmediatamente al testigo que se presentara ante el tribunal arbitral, bajo pena de sanción.

[52] Los árbitros no podrán pedir directamente ellos mismos apoyo judicial sobre la base del Convenio de La Haya de 1970, porque dicho Convenio se aplica únicamente a las «autoridades judiciales», concepto que no incluye a los tribunales arbitrales.

En la situación inversa de la prueba localizada en Suiza y del tribunal arbitral con sede fuera de Suiza, los árbitros tendrán que pedir a su propio juez de apoyo local que solicite la asistencia de los tribunales suizos por vía rogatoria. Sin embargo, algunos autores consideran que, de *lege ferenda*, sería bueno que los tribunales suizos aceptaran solicitudes de asistencia presentadas directamente por árbitros con sede en el extranjero.[53]

5. Medidas cautelares

5.1. Competencia concurrente de los tribunales estatales y arbitrales para dictar medidas cautelares

De conformidad con el artículo 183(1) LDIP, «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de partes, ordenar medidas provisionales o de conservación».

Aunque no esté explícitamente indicado, la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares no es exclusiva. Existe una competencia concurrente de los tribunales estatales y de los tribunales arbitrales, incluso después de la constitución del tribunal arbitral.

Se considera que el tribunal arbitral, al igual que el juez estatal, tiene la posibilidad de dictar medidas cautelares *ex parte*, siempre y cuando las circunstancias así lo justifiquen y se le confiera inmediatamente a la contraparte la posibilidad de ser oída.[54]

5.2. Tipos de medidas cautelares

La LDIP no especifica qué tipo de medidas cautelares el tribunal arbitral puede ordenar. Los árbitros tienen una amplia discreción al respecto.

Tradicionalmente, los tribunales arbitrales suelen ser reacios a emitir «*anti-suit injunctions*», que prohíben a una parte iniciar o continuar un procedimiento paralelo ante un juzgado u otro tribunal arbitral. Esta reticencia se debe a que dichas medidas no sólo son generalmente consideradas como contrarias al principio de competencia-competencia, según el cual cada juez tiene el poder de decidir sobre su propia competencia, sino que también interfieren con el derecho fundamental de

---

[53] Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland*, par. 1253.
[54] Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland*, par. 1153.

libre acceso a los tribunales de cada parte. Sin embargo, dos tribunales arbitrales con sede en Suiza han emitido una «*anti-suit injunction*».[55]

Existe cierta controversia acerca de si un tribunal arbitral tiene la facultad de ordenar medidas de embargo. Algunos autores consideran que los tribunales arbitrales tienen incluso la facultad de ordenar una «*Mareva injunction*», medida que no existe en derecho suizo y que prohíbe a una parte disponer de parte de su patrimonio en el mundo entero.[56] En cualquier caso, se considera que las autoridades suizas no pueden ejecutar las medidas de embargo ordenadas por tribunales arbitrales. Los árbitros tendrán que solicitar la ayuda de los tribunales suizos para su ejecución, en virtud del artículo 183(2) LDIP. Por ello, para mayor eficacia, es aconsejable dirigirse directamente al juzgado del lugar donde se encuentren los bienes.

En cuanto a los tribunales suizos, solamente pueden ordenar medidas previstas por el derecho suizo. Aunque no haya habido ninguna decisión en este sentido, cuando una parte ha iniciado una acción judicial en violación de un convenio arbitral, sería teóricamente posible que un tribunal suizo dictara una «*anti-suit injunction*», basada en el artículo 185 LDIP que da una competencia general al juez de la sede para todo tipo de asistencia judicial al arbitraje. Sin embargo, sólo sería posible siempre y cuando el procedimiento paralelo extranjero no sea en un Estado miembro del Convenio de Lugano, que vincula a Suiza y los miembros de la Unión Europea.

En un caso, el Tribunal de primera instancia de Ginebra consideró que el principio de competencia-competencia reconocido en derecho suizo del arbitraje impedía el reconocimiento y ejecución en Suiza de una «*anti-arbitration injunction*» emitida por un juez africano que exigía la suspensión de un arbitraje pendiente en Suiza, así como el pronunciamiento de una medida similar por el juez suizo.[57]

5.3. Ejecución de medidas cautelares

Como entidad privada, el tribunal arbitral, contrariamente al juez estatal, no tiene poder coercitivo y por lo tanto tiene que confiar en el cumplimiento voluntario de las medidas provisionales que ordena. En la gran mayoría de los casos, las partes las cumplen voluntariamente porque no quieren enemistar a los árbitros. Cuando no es el caso, el artículo 183(2) LDIP dispone que «el tribunal arbitral podrá solicitar la asistencia del juez competente». Esta formulación implica en teoría que las partes

---

55 WIRTH. «Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland». *Bulletin ASA*, 2000, p. 31.

56 BERGER / KELLEHERALS. *International and domestic arbitration in Switzerland*, par. 1151.

57 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Ginebra de 2 de mayo de 2005. *Bulletin ASA*, 2005, p. 542.

mismas no pueden solicitar directamente la asistencia judicial, sino que tienen que pedir a los árbitros que la soliciten,[58] aunque algunos autores defiendan lo contrario, considerando que sería más eficiente y evitaría al tribunal arbitral aparecer como partidario.[59]

Por otra parte, también es controvertida la cuestión de saber si un tribunal arbitral con sede fuera de Suiza podría solicitar la asistencia del juez suizo en aplicación del artículo 183(2) LDIP para la ejecución en Suiza de una medida cautelar. La opinión dominante es que siempre y cuando el juez suizo sea competente para otorgar medidas cautelares en virtud del artículo 10 LDIP o del artículo 31 del Convenio de Lugano, puede conocer de una solicitud basada en el artículo 183(2) LDIP aunque el tribunal arbitral tenga su sede fuera de Suiza.[60] Cuando estos foros de competencia no están disponibles, el tribunal arbitral extranjero debería mandar una carta rogatoria a las autoridades suizas a través de la vía diplomática.[61]

El juez de apoyo examinará *prima facie* la validez del convenio arbitral. No analizará la idoneidad de la medida cautelar; sólo verificará su conformidad al orden público suizo. La decisión del juez de apoyo será una orden en sí, no sólo una decisión de exequátur de la medida decidida por los árbitros. El artículo 183(2) LDIP dispone que el juez de apoyo «aplicará su propio derecho». Por lo tanto, solamente podrá ordenar medidas que existan en derecho suizo. Si los árbitros habían dictado una medida que no existe en derecho suizo, el juez tendrá que modificarla y adoptar la medida más parecida a la inicialmente prevista.[62]

La orden del juez suizo será ejecutable en Suiza como si se tratara de una decisión tomada *ab initio* por un tribunal suizo. Si la orden está llamada a ser ejecutada en el extranjero, no beneficiará del Convenio de Nueva York porque no se trata de un laudo arbitral. Será por lo tanto reconocida y ejecutada en aplicación de la ley del país en el que se solicite la ejecución.

Si la medida cautelar tiene que ser ejecutada en un país parte al Convenio de Lugano, se considera que, cuando ha sido dictada *ab initio* por un juez estatal, beneficia del régimen de ejecución simplificado del Convenio de Lugano, aunque exista un convenio arbitral, siempre y cuando haya sido dictada en el ámbito *ratione*

---

58 Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland*, *Op. cit.,* par. 1160.

59 Berti. In *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Op. cit.,* art. 183, par. 86.

60 Poudret / Besson. *Comparative law of international arbitration. Op. cit.,* par. 637.

61 Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland. Op. cit.,* par. 1185.

62 Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland. Op. cit.,* par. 1163-1164.

materiae del Convenio.[63] Los autores consideran en cambio que si la decisión proporciona asistencia judicial a una medida cautelar ordenada inicialmente por un tribunal arbitral, como por ejemplo en virtud del artículo 183(2) LDIP, esta decisión cae en el ámbito de la exclusión del arbitraje del Convenio de Lugano (artículo 1(2)(d)). Por consiguiente, será ejecutable en aplicación del derecho internacional privado del país en el que se requiere la ejecución, el cual es en general más restrictivo que el Convenio de Lugano.[64]

5.4. Multas coercitivas («astreinte»)

Sigue controvertida en derecho suizo la cuestión de saber si los árbitros tienen la facultad de imponer una multa coercitiva («*astreinte*» en francés) a una de las partes en caso de no cumplir una cierta obligación, bien sea una obligación de fondo contenida en un laudo (una obligación de hacer o de no hacer) o una obligación procesal contenida en una orden procesal (por ejemplo, de producir documentos). Una multa coercitiva consiste generalmente en un monto fijo que debe pagarse por cada día, semana o mes de retraso desde la fecha en que la obligación del deudor es exigible y hasta que sea cumplida.

En general, los autores consideran que no plantea una cuestión de procedimiento (que el tribunal arbitral tiene la facultad de determinar según el artículo 182(2) LDIP) sino una cuestión de competencia. Como la LDIP no otorga expresamente este poder al tribunal arbitral (contrariamente por ejemplo al de imponer medidas cautelares), la mayoría de los autores exigen el consentimiento de las partes o la autorización de la ley aplicable al fondo de la controversia (si se trata de una multa coercitiva de fondo). Algunos autores van hasta considerar que el consentimiento de las partes debe ser expreso[65] e incluso escrito.[66] Otros, más liberales, consideran que el consentimiento de las partes puede ser tácito.[67]

Más recientemente, el proyecto de Código de procedimiento civil había previsto la facultad de los jueces de imponer multas coercitivas, pero esta posibilidad fue ulteriormente suprimida y no figura en la versión final que entró en vigor el 1 de

---

63 Sentencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden vs. Deco-Line*, caso C-391/95, ECR 1998 I, p. 7091, par. 33-34.

64 BERGER / KELLEHERALS. *International and domestic arbitration in Switzerland. Op. cit.,* par. 1188; POUDRET / BESSON. *Comparative law of international arbitration. Op. cit.,* par. 641.

65 BERGER / KELLEHERALS. *International and domestic arbitration in Switzerland. Op. cit.,* par. 1156.

66 POUDRET / BESSON. *Comparative law of international arbitration. Op. cit.,* par. 540; COUCHEPIN. *La clause pénale – Étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction. Op. cit.,* par. 1148.

67 LÉVY. «Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse». *Bulletin ASA*, 2001, p. 21, par. 13.

enero de 2011. En estas circunstancias, se puede dudar que un árbitro tenga el poder de imponer multas coercitivas cuando el juez estatal no lo tiene. El Tribunal Federal no ha tomado aún partido al respecto.

5.5. Recurso contra medidas cautelares

En la medida en que la decisión del tribunal arbitral sobre medidas provisionales no es, por definición, definitiva, no se puede impugnar por vía del recurso en anulación del artículo 190(2) LDIP, aunque el tribunal arbitral haya calificado su decisión de «laudo». Esta posición unánime de la doctrina ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Federal.[68]

En caso de que el tribunal arbitral imponga una multa coercitiva para garantizar el cumplimiento de una medida cautelar, constituiría entonces un laudo parcial susceptible de recurso en anulación por falta de jurisdicción o constitución irregular del tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 190(3) LDIP. Dichos motivos deberán ser invocados inmediatamente contra el laudo parcial; no podrán ser invocados ulteriormente contra el laudo final.

Una orden emitida por el juez de apoyo que proporciona la asistencia judicial del artículo 183(2) LDIP podrá ser impugnada ante una segunda instancia, que tendrá los mismos poderes limitados que el juez de apoyo.[69] Cuando se someta directamente al juez suizo una solicitud de medidas cautelares, la segunda instancia tiene un poder de revisión mayor.

D. Derecho aplicable al fondo del asunto

De acuerdo con el artículo 187(1) LDIP: «El tribunal arbitral decidirá el caso conforme a las normas de derecho elegidas por las partes o, a falta de acuerdo, aplicando las normas de derecho con las que la controversia tenga el vínculo más estrecho». Esta disposición autoriza al tribunal a determinar el derecho aplicable de manera directa, sin necesidad de recurrir a las normas de conflicto de leyes contenidas en la LDIP. Sin embargo, se aplica principalmente a los arbitrajes *ad-hoc* porque la mayoría de los reglamentos de arbitraje tienen sus propias normas de conflicto.

La expresión «norma de derecho» implica que las partes o los árbitros pueden elegir un derecho no nacional, como los principios Unidroit, los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*. A diferencia de muchas leyes o reglamentos, el artículo

---

68 Sentencia del Tribunal Federal de 13 de abril 2010, 136 III 200, par. 2.3.1.

69 Berger / Kelleherals. *International and domestic arbitration in Switzerland. Op. cit.,* par. 1165.

187 no se refiere a los usos comerciales. Sin embargo, cuando forman parte de la ley elegida por las partes o el tribunal, se deben de aplicar.

En virtud del artículo 187(2) LDIP, las partes podrán autorizar al tribunal arbitral a decidir ex aequo et bono. En tal caso, el tribunal resolverá la controversia de conformidad con su propia percepción de la justicia sin estar sujeto a normas de derecho. El tribunal tendrá que respetar empero el orden público internacional.

La elección por las partes del derecho aplicable al fondo de la controversia puede ser tácita. Se considera que la designación de la sede o de la ley aplicable al procedimiento no constituyen elementos suficientes para presumir una elección tácita del derecho aplicable al fondo. Se admite que las partes puedan seleccionar normas distintas para diferentes cuestiones («*dépeçage*») o escoger el derecho en vigor en un momento determinado descartando la aplicación de cambios legislativos ulteriores (cláusulas de estabilización o de congelamiento).

La autonomía de las partes tiene algunos límites. En primer lugar, un tribunal arbitral puede (e incluso debe) hacer caso omiso de las disposiciones de la ley elegida por las partes cuando son contrarias al orden público internacional, de lo contrario el laudo sería susceptible de anulación. En segundo lugar, el tribunal debe tener en cuenta las «leyes de policía» o normas imperativas de aplicación inmediata contenidas en leyes otras que la *lex causae* cuando tienen una fuerte conexión con la controversia (por ejemplo, las normas imperativas de la ley del lugar de ejecución del contrato o de ejecución del laudo) y cuando el objetivo perseguido por estas normas parece ser digno de protección en la opinión de los árbitros.

El Tribunal Federal considera que, aunque el derecho aplicable sea el derecho suizo, los árbitros tienen la obligación de aplicar el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea sobre la prohibición de las prácticas concertadas (actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) cuando una de las partes lo invoca. Un tribunal que declinara su competencia para aplicar esta disposición vería su laudo anulado en virtud del artículo 190(2)(b) LDIP (*i.e.*, decisión equivocada sobre la competencia).[70] Sin embargo, el Tribunal Federal se niega a verificar cómo el artículo 81 ha sido aplicado por los árbitros porque considera que no forma parte del orden público suizo en el sentido del artículo 190(2)(e) LDIP.[71] El Tribunal Federal justifica esta aparente contradicción por el hecho de que no podría asegurarse de la interpretación correcta del derecho europeo de la competencia porque, contrariamente a los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, no puede remitir una

[70] Sentencia del Tribunal Federal de 8 de marzo de 2006, 132 III 389, *Bulletin ASA*, 2006, p. 363, par. 3.3.

[71] *Ibidem*.

pregunta prejudicial a la Corte Europea de Justicia; por otra parte, la eficacia del control de la aplicación del derecho comunitario por el Tribunal Federal sería de todas formas muy limitada debido al examen muy restringido que opera respecto a las constataciones de hecho del tribunal arbitral.[72]

El Tribunal Federal considera que el principio iura novit curia, según el cual el juez conoce el derecho y lo puede aplicar *ex oficio*, es aplicable al arbitraje.[73] Por consiguiente, los árbitros no están limitados por los fundamentos de derecho presentados por las partes y podrán aplicar otros principios o disposiciones para resolver la disputa. Sin embargo, en 2009, el Tribunal Federal anuló un laudo que se había basado en una ley que ninguna de las partes había invocado, considerando que el derecho de las partes a ser oídas de manera contradictoria prohibía que los árbitros se basaran en una ley, un precedente o un principio que las partes ni habían invocado ni podían imaginar que fueran pertinentes para la controversia.[74] En otras palabras, los árbitros no pueden sorprender a las partes.

E. El laudo

1. Tipos de laudos

El laudo final es aquel que adjudica todas las pretensiones de las partes y pone fin al procedimiento arbitral. Tiene efecto de cosa juzgada y es vinculante para los árbitros y las partes.

En derecho suizo, se distingue el laudo parcial y el laudo preliminar, provisional o prejudicial, lo que tiene una incidencia sobre los motivos de anulación que se pueden invocar para impugnar el laudo.

Un laudo parcial es un laudo sobre el fondo que es definitivo y vinculante en relación con una parte limitada de las pretensiones de las partes. Por ejemplo, el tribunal arbitral dicta un laudo parcial si decide en un laudo separado terminar el procedimiento contra uno de los demandados, por falta de competencia, aplazando la decisión sobre el fondo contra los otros; o si decide sobre las pretensiones relativas a un contrato, dejando para un siguiente laudo la decisión sobre otro contrato. Un laudo parcial tiene efecto de cosa juzgada con respecto a las pretensiones que son definitivamente determinadas. Se puede impugnar (como un laudo final completo) por cualquiera de los motivos de anulación del artículo 190(2) LDIP.

---

72 *Ibídem*.

73 Sentencia del Tribunal Federal de 30 de septiembre de 2003, 130 III 35, *Bulletin ASA*, 2004, p. 574, par. 5.

74 Sentencia del Tribunal Federal de 9 de febrero de 2009, *Bulletin ASA*, 2009, p. 495, par. 3.

Un laudo preliminar es aquel por el cual los árbitros determinan de forma preliminar cuestiones sustantivas o de procedimiento (por ejemplo, aceptan su competencia, deciden que la demanda no está prescrita). Un laudo preliminar no tiene efecto de cosa juzgada, pero, contrariamente a las órdenes de procedimiento, es vinculante para el tribunal arbitral. De acuerdo con el artículo 190(3) LDIP, sólo puede ser impugnado por los motivos enumerados en el artículo 190(2)(a) y (b) LDP, es decir, la composición irregular del tribunal y la falta de competencia. De hecho, estos motivos de anulación se deberán invocar contra el primer laudo preliminar que dicte el tribunal arbitral, aunque no trate directamente de cuestiones de composición o competencia, porque se considera que al dictar un laudo preliminar, el tribunal se declara implícitamente correctamente compuesto y competente (siempre y cuando no haya expresamente aplazado su decisión sobre estas cuestiones). De no invocar estos dos motivos de anulación inmediatamente contra el primer laudo preliminar, no se podrá hacer contra ningún laudo ulterior.

2. Elaboración del laudo

El artículo 189 LDIP dispone lo siguiente: «(1) El laudo arbitral será rendido de conformidad con las reglas de procedimiento y en la forma elaborada por las partes. (2) A falta de dicho acuerdo, el laudo arbitral será rendido por mayoría, o a falta de mayoría, por el presidente del tribunal arbitral (…)».

En el caso de que uno de los árbitros intente retrasar deliberadamente el procedimiento, negándose de manera injustificada a participar a las deliberaciones, los demás árbitros están autorizados a continuar el procedimiento sin él y a dictar el laudo.[75] Esta situación se debe distinguir de la dimisión formal de uno de los árbitros, que obliga a los dos co-árbitros a suspender el procedimiento hasta la designación de un nuevo árbitro.[76]

Aunque no esté expresamente previsto por la LDIP, la opinión predominante es que los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad de las deliberaciones. Sin embargo, el Tribunal Federal ha juzgado que la comunicación previa por un árbitro del resultado del laudo a una parte no constituía en sí una violación de la confidencialidad de las deliberaciones, siempre y cuando los detalles de la deliberación no fueran también divulgados.[77]

---

75 Sentencia del Tribunal Federal de 1 de febrero de 2002, 128 III 234, par. 3.

76 *Ibídem*.

77 Sentencia del Tribunal Federal de 10 de noviembre de 2005, 4P.154/2005, *Bulletin ASA*, 2006, p. 105, par. 6.2.

La LDIP no prevé ni prohíbe el voto particular de un árbitro. La jurisprudencia precisa que el voto particular no es parte del laudo, aunque esté formalmente incluido en el texto del laudo.[78]

La LDIP no impone un plazo para laudar. Tal plazo puede resultar del reglamento de arbitraje[79] o del acuerdo de las partes. Cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre una extensión del plazo, el juez de apoyo puede extender el plazo en virtud de los términos generales del artículo 185 LDIP. Un laudo dictado fuera de plazo no es susceptible de anulación por este motivo.[80]

3. Forma y contenido del laudo

El artículo 189(2) LDIP añade al final que «El laudo se dictará por escrito, deberá ser motivado, fechado y firmado. La firma del presidente del tribunal arbitral es suficiente».

Sin embargo, la falta de motivación de un laudo no es *per se* un motivo de anulación, aun cuando las partes no hayan renunciado a tener un laudo motivado. El Tribunal Federal considera que el derecho de ser oído en forma contradictoria (garantizado por los artículos 182(3) y 190(2)(a) LDIP) y cuya violación es un motivo de anulación de un laudo) no incluye el derecho de exigir que el laudo sea motivado.[81]

Sin embargo, la jurisprudencia suiza ha deducido del derecho a ser oído en forma contradictoria el deber del tribunal arbitral de examinar y discutir en el laudo todos los puntos pertinentes para la resolución de la controversia. Cuando por inadvertencia o equivocación, los árbitros no han tomado en consideración alegatos o pruebas de una parte que eran importantes para la resolución de la disputa, esta parte se encuentra de facto en la misma situación que si hubiera sido privada del derecho de ser oída en forma contradictoria sobre este punto. Es el concepto de «denegación de justicia formal» («*déni de justice formel*»).

---

78 Sentencia del Tribunal Federal de 7 de enero de 2004, 4P.196/2003, *Bulletin ASA*, 2004, p. 592, par. 5.1.2.

79 El artículo 42 del Reglamento Suizo prevé un «procedimiento abreviado», si las partes así lo acuerdan o si el monto en disputa no excede 1.000.000 de francos suizos (aproximadamente 1.000.000 de dólares). En tal caso, el laudo deberá ser dictado dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que la cual la Secretaría haya trasladado el expediente al tribunal arbitral. Este plazo podrá ser prorrogado en «circunstancias excepcionales».

80 Poudret / Besson. *Comparative law of international arbitration. Op. cit.,* par. 454.

81 Sentencia del Tribunal Federal de 23 de marzo de 2005, 4P.26/2005, *Bulletin ASA*, 2005, p. 704.

El Tribunal Federal suizo precisa que hay violación del derecho de ser oído solamente si el tribunal arbitral no cumple con su deber de examinar los problemas pertinentes. Los árbitros no tienen la obligación de discutir todos los argumentos invocados por las partes, de manera que no se les puede reprochar no haber rechazado, ni siquiera implícitamente, un argumento objetivamente desprovisto de toda pertinencia.

Fiel a su tradición pro-arbitraje, es poco frecuente que el Tribunal Federal suizo anule un laudo, pero los pocos laudos que han sido anulados estos últimos años lo han sido precisamente por este motivo de «denegación de justicia formal.[82] [83]

4. Notificación del laudo

Según el artículo 190(1) LDIP, «El laudo es definitivo a partir de su notificación».

Una vez notificado, el laudo tiene autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutoria, aunque se impugne el laudo (salvo si el Tribunal Federal suspende la ejecución del laudo durante el recurso en anulación). La fecha de la notificación es el comienzo del plazo de treinta días dentro del cual se puede impugnar el laudo.

F. Los recursos contra el laudo

Contra los laudos internacionales dictados en Suiza sólo caben dos tipos de recursos: el de anulación y el de revisión.

1. Recurso en anulación

1.1. Introducción y presentación general

La LDIP prevé un número limitativo de motivos de anulación, que la jurisprudencia interpreta de manera restrictiva. Bajo ciertas condiciones, es incluso posible renunciar por adelantado a ejercer un recurso en anulación. Estadísticas recientes muestran que las probabilidades de conseguir la anulación de un laudo (aunque sea parcialmente) son de 7%.[84] La parte que ha impugnado el laudo sin éxito suele ser condenada a

---

[82] Por ejemplo, sentencia del Tribunal Federal de 26 de mayo de 2010, 4A_433/2009, o de 16 mayo de 2011, 4A_46/2011.

[83] Sobre todas estas cuestiones, ver CREMADES, A.C. & A.V. SCHLAEPFER. «La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión». En *Libro Homenaje a Yves Derains & Bernardo Cremades*, *Arbitraje Internacionales: Pasado, Presente y Futuro*. *Op. cit.,* 2013.

[84] DASSER. «International arbitration and setting aside proceedings in Switzerland: a statistical analysis». En *Bulletin ASA*, 2007, p. 444, en pp. 452-453.

pagar costas importantes, que suelen superar los 50.000 o incluso 100.000 francos suizos (alrededor de 50.000 o 100.000 dólares).

El Tribunal Federal es la única instancia (artículo 191 LDIP). El recurso en anulación debe presentarse dentro de los 30 días de la notificación del laudo (artículo 100(1) de la Ley del Tribunal Federal o «LTF»). Este plazo no corre durante las vacaciones judiciales de verano, fin de año y semana santa. La solicitud de anulación del laudo debe contener toda la argumentación del recurrente, no es una mera notificación. Suele haber uno o dos intercambios de escritos entre las partes, en un plazo relativamente corto. El procedimiento es únicamente escrito, no hay vistas. El Tribunal Federal dicta una decisión final, contra la que no cabe apelación, pocas semanas después del último escrito. Se recibe primero el dispositivo de la sentencia (si el recurso está o no aceptado) y un par de semanas después la decisión integra con la motivación. El recurso en anulación dura en general una media de 4-6 meses desde el día de la notificación del laudo. La impugnación del laudo no tiene ningún efecto sobre la ejecutabilidad del mismo, salvo si el Tribunal Federal suspende la ejecución del laudo durante el recurso en anulación previa solicitud motivada del recurrente (artículo 103(1) y (3) LTF). Por la rapidez del procedimiento y las pocas anulaciones pronunciadas, se considera que el sistema suizo es uno de los más eficientes y pro-arbitraje del mundo.

El Tribunal Federal no examina los hechos del litigio ni la aplicación del derecho por los árbitros. Un laudo no puede ser anulado bajo el motivo de que se basa en un hecho obviamente incorrecto o en una violación clara del derecho aplicable. Sólo los motivos enunciados en el artículo 190(2) LDIP pueden ser causa de anulación del laudo.

Cuando el Tribunal Federal anula el laudo impugnado, el expediente es remitido al mismo tribunal arbitral para que dicte un nuevo laudo. Cuando no se puede reunir el mimo tribunal arbitral, se designa un nuevo tribunal. El Tribunal Federal no decide sobre el fondo de la controversia ni da instrucciones a los árbitros, pero, en la práctica, los árbitros suelen dictar un nuevo laudo que cumple con la decisión del Tribunal Federal. Sin embargo, en algunos casos relativos a la competencia[85] o a la recusación de los árbitros,[86] el Tribunal Federal decide él mismo los puntos que han conducido a la anulación del laudo, para acelerar el procedimiento arbitral (por ejemplo, pronunciará él mismo la recusación del árbitro para evitar que la parte recurrente tenga que someter una nueva solicitud de recusación ante la institución arbitral o el juez cantonal en caso de que el árbitro no dimita espontáneamente; o

[85] Sentencia del Tribunal Federal de 5 de diciembre de 2008, 4A_376/2008, *Bulletin ASA*, 2009, p. 745, par. 9.

[86] Sentencia del Tribunal Federal de 29 de octubre de 2010, 136 III 605, par. 3.3.4.

declarará él mismo que el tribunal arbitral es competente, para evitar que las partes vuelvan a debatir de la cuestión o que el tribunal arbitral tenga que dictar un nuevo laudo sobre la competencia).

1.2. Motivos de anulación

Existen cinco motivos de anulación previstos por el artículo 190(2)(a) a (e) LDIP. Los laudos finales y parciales pueden ser impugnados por todos los motivos de anulación enumerados en el artículo 190(2) LDIP, mientras que los laudos preliminares sólo pueden ser impugnados por falta de competencia o composición irregular del tribunal arbitral (art. 190(3) LDIP). Los laudos parciales y preliminares deben ser impugnados de inmediato y no ulteriormente con el laudo final; de lo contrario se consideraría que la parte recurrente ha renunciado a invocar esos motivos de anulación contra todo laudo ulterior.

a. Composición irregular del tribunal arbitral

De acuerdo con el artículo 190(2)(a) LDIP, un laudo podrá ser recurrido si «el árbitro único fue nombrado irregularmente o cuando el tribunal arbitral fue compuesto irregularmente». Sin embargo, el Tribunal Federal no verifica si la constitución del tribunal cumple con todos los aspectos del procedimiento acordado por las partes. Sólo verifica si el derecho fundamental de las partes a tener un árbitro independiente e imparcial ha sido o no violado.[87]

Como ha sido mencionado anteriormente (par. 70), si una parte considera que un árbitro carece de independencia o imparcialidad, debe plantear esta cuestión de inmediato durante el procedimiento y solicitar la recusación del árbitro o bien ante la institución arbitral, o, en caso de arbitraje *ad hoc*, ante el juez cantonal de la sede del arbitraje. Si se abstiene de invocar el motivo de recusación en un plazo razonable después de su descubrimiento, se considerará que ha renunciado a invocarlo y dicha causa de recusación no podrá servir de base a un recurso en anulación.

Si la institución arbitral rechaza la recusación, su decisión no puede ser directamente impugnada ante el Tribunal Federal, habrá que esperar a impugnar el laudo final por composición irregular del tribunal arbitral. Cuando el arbitraje es ad hoc, la decisión del juez cantonal que rechaza la recusación es «final» según el artículo 180(3) LDIP, es decir que no se puede recurrir por la vía de la apelación. En cambio, queda controvertida la cuestión de saber si se puede, en este caso, interponer posteriormente un recurso en anulación contra el laudo por composición irregular

[87] Sentencia del Tribunal Federal de 30 de junio de 1994, *Bulletin ASA*, 1997, p. 103, par. 4.

del tribunal arbitral. Después de haberlo aceptado en 1998,[88] el Tribunal Federal ha juzgado lo contrario en 2002, considerándose vinculado por la decisión del juez cantonal.[89] Esta última jurisprudencia ha sido criticada por varios autores, quienes consideran que la formulación del artículo 180(3) LDIP excluye únicamente los recursos directos contra la decisión del juez de apoyo, pero no debería excluir el control indirecto, por el Tribunal Federal, de la regularidad de la constitución del tribunal arbitral durante un recurso en anulación.[90]

El Tribunal Federal no anula fácilmente un laudo por incumplimiento del árbitro de su deber de revelación de las circunstancias susceptibles de crear dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad. No sanciona la mera falta de revelación, como en la jurisprudencia francesa, sino que exige que se demuestre efectivamente la falta de independencia e imparcialidad, lo que puede ser difícil para la parte recurrente.[91]

b. Decisión incorrecta sobre la competencia

En virtud del artículo 190(2)(b) LDIP, el laudo podrá ser anulado si «el tribunal arbitral incorrectamente se ha declarado competente o incompetente». Este motivo abarca todos los aspectos de la competencia: existencia, validez y alcance (objetivo y subjetivo) del convenio arbitral y arbitrabilidad de la controversia.

El Tribunal Federal tiene plenos poderes para revisar los argumentos jurídicos relativos a la competencia del tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión jurídica preliminar, pero está vinculado por las consideraciones de hecho del tribunal arbitral. Por ejemplo, si la validez del convenio arbitral concluido por una sociedad depende de

---

88 Sentencia del Tribunal Federal de 9 de febrero de 1998, *Bulletin ASA* 1998, p. 634.

89 Sentencia del Tribunal Federal de 3 de julio de 2005, 128 III 330, par. 2.2.

90 Kaufmann-Kohler / Rigozzi. *Arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP*. Weblaw, 2010, par. 402; Poudret / Besson. *Comparative law of international arbitration*. Schulthess, 2007, par. 791; *contra* Knoepfler / Schweizer. *Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international. Op. cit.,* p. 680.

91 Por ejemplo, en un caso reciente, el Tribunal Federal rechazó un recurso en anulación en el que se reprochaba a un árbitro no haber revelado que había sido nombrado varias veces por la misma parte. El Tribunal consideró que la falta de revelación de estos nombramientos anteriores no era suficiente para anular el laudo. Consideró que la parte recurrente no había demostrado la falta de independencia e imparcialidad del árbitro y que hubiera debido dar más detalles sobre los arbitrajes anteriores en los que el árbitro había estado implicado. Esta decisión es sorprendente por la carga y el contenido de la prueba que impone a la parte recurrente, quien por definición no disponía de esta información puesto que precisamente el árbitro no la había revelado (Sentencias del Tribunal Federal Suizo de 11 de enero de 2010, 4A_256/2009 y 4A_258/2009, *Bulletin ASA*, 2010, p. 540).

los poderes del representante de dicha sociedad, el Tribunal Federal podrá examinar libremente si esta cuestión jurídica preliminar ha sido correctamente resuelta por los árbitros. De la misma manera, cuando el tribunal arbitral no ha podido establecer la real y común intención de las partes y ha tenido que interpretar la intención presunta de las partes, el Tribunal Federal tiene plenos poderes para revisar el análisis seguido por los árbitros. Se considera en derecho suizo que la determinación de la real y común intención de las partes es una cuestión de hecho (la cual no está sometida al control del Tribunal Federal), mientras que la interpretación de la intención presunta de las partes es una cuestión de derecho (que el Tribunal Federal puede libremente examinar).[92]

Si una parte considera que el tribunal arbitral carece de competencia, deberá denunciarlo ante los árbitros antes de cualquier defensa sobre el fondo (artículo 186 (2) LDIP). Si no lo hace, se considerará que ha aceptado implícitamente la competencia del tribunal y no podrá ulteriormente impugnar el laudo por falta de competencia.

c. Ultra, infra o extra petita

En virtud del artículo 190(2)(c) LDIP, el laudo podrá ser anulado si «la decisión del tribunal arbitral excedió los puntos de la controversia que le fueron sometidos o si dejó de decidir uno de los puntos de la reclamación».

Esta disposición no permite impugnar un laudo basado en consideraciones jurídicas distintas de las que fueron invocadas por las partes, siempre que los árbitros no otorguen más o algo distinto a lo que se les pidió. Sin embargo, cuando el tribunal arbitral sorprende a las partes, adoptando una calificación jurídica que difiere considerablemente de la avanzada por las partes o basándose sobre una ley que ninguna de las partes parte había invocado, el laudo puede ser impugnado por violación del derecho a ser oído de manera contradictoria (art.190(2)(d) LDIP).[93]

d. Violación del debido proceso

De acuerdo con el artículo 190(2)(d) LDIP, un laudo puede ser impugnado «si se violó el principio de igualdad entre las partes o el derecho de las partes a ser oídas».

Si una parte considera que, durante el procedimiento, su derecho a ser oída o derecho a la igualdad de trato ha sido violado, debe protestar inmediatamente, de lo

---

92 GEISINGER / VOSER (eds.). *International Arbitration in Switzerland*, *A Handbook for Practitioners*. Kluwer 2013, pp. 240-241.

93 Sentencia del Tribunal Federal de 9 de febrero de 2009, *Bulletin ASA*, 2009, p. 495, par. 3.

contrario se considerará que ha renunciado a invocar estas violaciones en una etapa posterior.

Si bien el artículo 190(2)(d) está redactado en términos bastante generales, en la práctica, el Tribunal Federal interpreta este motivo de manera muy restrictiva. Ha juzgado, por ejemplo, que no hay violación del derecho a ser oído cuando el tribunal arbitral se niega a aceptar pruebas que no considera necesarias para la resolución de la disputa;[94] tampoco hay violación del derecho a la igualdad de trato simplemente porque el tribunal concede distintos plazos a las partes.[95]

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente (par. 79), ha habido últimamente varias anulaciones de laudos basadas sobre el artículo 190(2)(d) por «denegación de justicia formal» («*déni de justice formel*») cuando, por inadvertencia o equivocación, los árbitros no han tomado en consideración alegatos o pruebas de una parte que eran importantes para la resolución de la disputa. En este caso, esta parte se encuentra de facto en la misma situación que si hubiera sido privada del derecho de ser oída sobre este punto.[96] El Tribunal Federal anula el laudo y remite el caso a los árbitros para que examinen el alegato o la prueba que habían omitido considerar (el Tribunal Federal no decide él mismo qué peso dar al elemento omitido).

e. Violación del orden público

De conformidad con el artículo 190(2)(e) LDIP, el laudo podrá ser anulado si es contrario al orden público. Aunque no esté precisado, no se trata del orden público doméstico suizo, sino del orden público internacional, en su vertiente tanto material como procesal.

En los últimos años, el Tribunal Federal ha definido el orden público de distintas formas, refiriéndose a los «principios fundamentales jurídicos y morales que son reconocidos en todos los países civilizados»,[97] y posteriormente a «los valores esenciales y ampliamente reconocidos que deberían, de acuerdo con los conceptos en vigor en Suiza, formar la base de todo sistema jurídico».[98]

---

94 Sentencia del Tribunal Federal de 21 de septiembre de 2007, *Bulletin ASA*, 2008, p. 742, par. 8.1.

95 Sentencia del Tribunal Federal de 19 de febrero de 2009, *Bulletin ASA*, 2009, p. 801, par. 4.2.1.

96 Por ejemplo, sentencia del Tribunal Federal de 26 de mayo de 2010, 4A_433/2009, o de 16 mayo de 2011, 4A_46/2011.

97 Sentencia del Tribunal Federal de 1 de febrero de 2002, 128 III 234, par. 4c.

98 Sentencia del Tribunal Federal de 8 marzo de 2006, 132 III 389, *Bulletin ASA*, 2006, p. 363, par. 2.2.3.

El orden público internacional material o sustantivo incluye, por ejemplo, los principios de buena fe o de *pacta sunt servanda*,[99] la prohibición de la expropiación sin indemnización, de la discriminación o de la corrupción, etc. El Tribunal Federal ha considerado sin embargo que el derecho de la competencia tanto suizo como comunitario no forman parte del orden público en el sentido del artículo 190(2)(e).[100]

Es muy excepcional que se anule un laudo arbitral por violación del orden público material. Recientemente, por primera vez, el Tribunal Federal ha anulado por este motivo un laudo del Tribunal Arbitral del Deporte que había ordenado a un jugador de fútbol (Francelino Matuzalem) pagar una multa de once millones de euros, amenazándole con una interdicción ilimitada de juego si no pagaba la condena. El Tribunal Federal consideró que esta amenaza constituía una violación grave de los derechos de la personalidad y de la libertad económica del jugador, que no era justificada por un interés superior de la Federación Internacional de Fútbol.[101]

El orden público procesal sanciona las violaciones de garantías fundamentales de procedimiento que no están ya incluidas en el debido proceso del artículo 190(2)(d) LDIP. Por ejemplo, el Tribunal Federal ha juzgado que un laudo arbitral dictado sin tomar en cuenta el hecho de que ya existía una sentencia firme o laudo, sobre la misma cuestión, entre las mismas partes, era contrario al orden público procesal.[102]

Un laudo sólo podrá ser anulado si el resultado concreto, y no la motivación que lo sustenta, es contrario al orden público.[103]

1.3. Renuncia al recurso de anulación

De conformidad con el artículo 192(1) LDIP, «Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento comercial en Suiza, pueden, mediante una declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo

---

[99] Hay violación del principio *pacta sunt servanda* cuando, por ejemplo, el tribunal arbitral constata que existe un contrato válido, pero se niega a ordenar su ejecución o, al contrario, cuando constata que no existe un contrato válido, pero sin embargo ordena su ejecución (sentencia del Tribunal Federal Suizo de 17 de febrero de 2000, *Bulletin ASA,* 2001, p. 787 par. 5b).

[100] Sentencia del Tribunal Federal de 8 de marzo de 2006, 132 III 389, *Bulletin ASA*, 2006, p. 363, par. 3.2.

[101] Sentencia del Tribunal Federal de 27 de marzo de 2012, ATF 138 III 322, par. 4, *Bulletin ASA*, 2012, p. 591.

[102] Sentencia del Tribunal Federal de 3 de abril de 2002, 128 III 191, par. 4a.

[103] Sentencia del Tribunal Federal de 7 de noviembre de 2006, 4P.204/2006, par. 4.1.

escrito posterior, renunciar plenamente a la acción de nulidad, o pueden limitarla a una o varias de las causales indicadas en el artículo 190(2)».[104]

La renuncia es válida siempre y cuando no exista conexión territorial de las partes con Suiza en el momento de la renuncia. La jurisprudencia admite de manera restrictiva las renuncias y exige un lenguaje claro que refleje la intención de las partes de excluir cualquier impugnación del laudo. La renuncia no puede ser indirecta: tiene que figurar en el convenio arbitral mismo o en un acuerdo escrito posterior; no puede hallarse en un documento preexistente al que las partes reenvían. Por lo tanto, la simple elección de un reglamento de arbitraje que contenga una renuncia al recurso en anulación no es considerada suficiente.[105] La renuncia debe ser explícita, pero no es necesario referirse expresamente a los artículos 190 y/o 192 LDIP (aunque tal referencia sea la mejor opción para asegurar la validez de la renuncia). La simple estipulación en el convenio arbitral que el laudo será definitivo y no sujeto a apelación no constituye una renuncia al derecho a impugnar el laudo.[106]

Esta disposición tenía por objetivo promocionar Suiza como sede de arbitraje internacional, permitiendo a las partes conservar la confidencialidad del arbitraje y ahorrar tiempo y costos al poder excluir todo control del laudo por parte de los tribunales de la sede. En realidad, en la medida en la que el Tribunal Federal suizo ha adoptado desde hace años un enfoque amigable hacia el arbitraje y que los recursos en anulación no ocasionan un retraso significativo por la rapidez y eficiencia con la que el Tribunal Federal los resuelve (ver par. 134), Suiza es precisamente un país el que no tiene mucho sentido renunciar al derecho a impugnar un laudo.

Es más, esta exclusión puede resultar peligrosa. Reduce el grado de presión sobre los árbitros, la cual constituye una garantía de calidad del proceso. Pone a las partes en una situación desigual: puede dejar sin ningún remedio a un demandante cuyas demandas han sido rechazadas o si el tribunal arbitral se ha declarado incompetente, mientras que, en la situación inversa, un demandado que ha perdido y sido condenado tiene aún el procedimiento en reconocimiento y ejecución para invocar los defectos del laudo no obstante la renuncia a todo recurso en anulación. Todo ello explica que la renuncia al recurso en anulación sea poco frecuente en la práctica.

2. Recurso en revisión

La LDIP no contiene ninguna disposición expresa sobre la revisión de un laudo arbitral. Sin embargo, en una importante decisión de 1992, el Tribunal Federal

---

[104] Sobre este texto, ver Baizeau / Stirnimann. «Renuncia al derecho de impugnar un laudo. Estudio práctico de la experiencia suiza». *Lima Arbitration*, n.° 4 2010/2011, pp. 151-168.

[105] Sentencia del Tribunal Federal de 6 de junio de 2007, 4A.18/2007, par. 3.

[106] Sentencia del Tribunal Federal de 30 de marzo de 2007, *Bulletin ASA*, 2008, p. 79, par. 3.2.

consideró que algunas de las disposiciones de la ley federal sobre el Tribunal Federal («LTF») relativas a la revisión de sentencias eran aplicables por analogía a los laudos internacionales dictados en Suiza.[107] El Tribunal Federal es la única autoridad competente para conocer de los recursos de revisión.

2.1. Motivos de recurso de revisión

Una demanda de revisión de un laudo sólo podrá ser interpuesta (i) cuando el laudo haya sido obtenido o influenciado por un acto criminal, como la falsificación de un documento, el soborno, el falso testimonio, etc. (artículo 123(1) LTF), o (ii) cuando el solicitante haya descubierto, posteriormente al laudo, hechos importantes o pruebas concluyentes que no estuvo en condiciones de aportar en el procedimiento arbitral, a pesar de su razonable diligencia (artículo 123(2) LTF).

En cuanto al primer motivo de revisión, el solicitante deberá iniciar un procedimiento penal y esperar a que se concluya antes de solicitar la revisión del laudo.

En cuanto al segundo motivo, el Tribunal Federal examinará si los nuevos hechos o pruebas habrían cambiado el resultado del arbitraje a favor del solicitante. Si es probable que el tribunal arbitral hubiera adoptado un razonamiento distinto pero sin modificar el resultado, la demanda de revisión será desestimada.

El Tribunal Federal aplica de forma restrictiva las condiciones antes mencionadas y, hasta ahora, ha concedido la revisión de un laudo sólo dos veces, en 2006[108] y 2009.[109]

El Tribunal Federal ha dejado abierta la cuestión controvertida de saber si la revisión es posible cuando el hecho descubierto por el solicitante constituye también una causal de anulación, como por ejemplo la falta de independencia de un árbitro.[110] En cambio, considera que cuando las partes han renunciado al recurso en anulación de acuerdo con el artículo 192 LDIP, una parte no puede interponer un recurso en

[107] Sentencia del Tribunal Federal de 11 de marzo de 1992, 118 II 199, par. 2.

[108] Sentencia del Tribunal Federal de 29 de agosto de 2006, 4P.102/2006.

[109] Sentencia del Tribunal Federal de 6 de octubre de 2009, 4A_596/2008 (caso de las fragatas de Taiwán): el Tribunal Federal anuló un laudo dictado 13 años atrás porque un juez penal francés consideró en el año 2008 que un falso testimonio había sido dado ante el tribunal arbitral.

[110] Sentencia del Tribunal Federal de 4 de abril de 2008, *Bulletin ASA*, 2008, p. 580, par. 2.4 y 2.5; sentencia del Tribunal Federal de 14 de agosto de 2008, 4A_234/2008, *Bulletin ASA*, 2009, p. 512, par. 2.1.

revisión invocando el descubrimiento de la falta de independencia de un árbitro, porque si no el artículo 192 se quedaría en letra muerta.[111]

2.2. Procedimiento

La solicitud debe ser presentada dentro de un plazo de 90 días del descubrimiento del motivo de revisión (es decir, cuando la sentencia penal alcance la autoridad de cosa juzgada o cuando el solicitante tuvo «conocimiento suficiente» de los nuevos hechos, aunque en aquel momento no pudiera demostrar tales hechos con pruebas concluyentes).[112] La presentación de una solicitud de revisión carece de efecto suspensivo, pero el Tribunal Federal puede ordenar la suspensión previa solicitud motivada por el recurrente.

En caso de que la demanda de revisión se conceda, el Tribunal Federal no es competente para dictar un nuevo laudo. Pronunciará la anulación del laudo y remitirá el asunto al tribunal arbitral original si es posible, de lo contrario a un nuevo tribunal. Los árbitros tendrán plena libertad para determinar el impacto concreto de la infracción penal o de los nuevos hechos sobre el resultado del arbitraje.

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

El artículo 194 LDIP dispone que el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros está regido por el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el cual entró en vigor Suiza el 30 de agosto de 1965.

Suiza nunca ha adoptado la reserva de comercialidad prevista por el artículo 1(3) del Convenio, pero sí había adoptado, originalmente, la reserva de reciprocidad. Es decir que el reconocimiento y la ejecución estaban limitados a los laudos dictados en países signatarios del Convenio de Nueva York. Esta reserva fue levantada con la adopción de la LDIP, que prevé en su artículo 194 que el Convenio de Nueva York rige el reconocimiento y la ejecución de todos los laudos extranjeros. Por lo tanto, hoy todos los laudos extranjeros son reconocidos y ejecutados en aplicación del Convenio de Nueva York, independientemente de si el país en el que fueron dictados es o no parte al Convenio.

V. Conclusión

---

111 Sentencia del Tribunal Federal de 14 de agosto de 2008, 4A_234/2008, *Bulletin ASA*, 2009, p. 512, par. 2. La demanda de revisión fue rechazada también porque el recurrente hubiera podido descubrir antes los hechos invocados si hubiera actuado con la diligencia requerida.

112 Sentencia del Tribunal Federal de 8 de abril de 1998, 4P.225/1997, par. 2a.

Aunque algunos consideren que habría que reformar el Capítulo 12 de la LDIP sobre arbitraje internacional para integrar los avances jurisprudenciales de las últimas décadas (por ejemplo, la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios o la admisibilidad del recurso en revisión), el derecho suizo actual no deja de ser sumamente moderno y liberal. La concisión de las disposiciones se puede incluso considerar como un ejemplo de calidad legislativa continental. En cuanto a los tribunales suizos, mantienen una actitud claramente pro-arbitraje, interfiriendo lo menos posible en el procedimiento arbitral. Todo ello ha permitido a Suiza ser y seguir siendo una de las plazas importes del arbitraje internacional en Europa y el mundo.

Turquía (Turkey)

Ziya Akinci

Summary: I. Introduction: Historical overview of the development of international arbitration in Turkey.— II. Sources of the Law of International Arbitration.— A. Domestic sources.— 1. The Turkish Code of Civil Procedure (n.° 6100, TCCP).— 2. The Law Concerning Arbitration for Concession Contracts, Law n.° 4501.— B. International sources.— 1. Multilateral and bilateral conventions.— 2. The Turkish International Arbitration Code (n.° 4686, TIAC).— 3. The Turkish International Private and Procedural Code (n.° 5718, TIPPC).— C. Role of EU Law.— III. The election of Turkey as seat of arbitration.— A. The arbitration agreement.— 1. Validity of the arbitration agreement.— 1.1. Formal validity.— 1.2. Substantive validity and arbitrability.— 2. Separability of the arbitration agreement.— 3. Extension of the arbitration agreement to third parties.— 4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (*principle of Kompetenz-Kompetenz*).— B. The arbitral tribunal.— 1. Composition of the arbitral tribunal.— 2. Constitution of the arbitral tribunal.— 3. Independence and impartiality of arbitrators.— 4. Challenge of an arbitrator.— C. The arbitral procedure.— 1. Law governing the arbitral procedure.— 2. Right to be heard and right to equal treatment.— 3. Taking of evidence.— D. Provisional measures.— 1. Jurisdiction to pronounce provisional measures.— 2. Conditions for ordering provisional measures.— 3. Type of provisional measures.— 4. Challenge and appeal against provisional measures.— 5. Enforcement of provisional measures.— 5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in a foreign country.— 5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad.— a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals.— b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts.— E. Law governing the merits of the case.— 1. Choice of law by the parties.— 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties.— 3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*).— F. The award.— G. Challenge and revision of the award.— 1. Challenge of the award.— 1.1. Proceedings.— 2. Revision of the award.— IV. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

I. Introduction: historical overview of the development of international arbitration in Turkey

Arbitration is not a new concept in Turkey; the concept of arbitration has been known and practiced in Turkish law for hundreds of years. The first references to arbitration in modern terms are found in the Ottoman Civil Code, the *Majallah*. The Turkish Code of Civil Procedure (n.° 1086, TCCP), one of the first Codes of the new Turkish Republic, brought the concept of arbitration into the new regime.[1]

Reforms were made in 1982 with the enactment of The Turkish International Private and Procedural Law (TIPPL) n.° 2675 (amended in 2007), which codified the fact that «foreign» awards were enforceable in Turkey under certain conditions.[2] In 1988, Turkey signed the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes, by which the relation between the host country and the foreign investor was regulated to give further assurances to both Turkish investors abroad and foreign investors in Turkey. Since then, Turkey has enthusiastically signed many bilateral investment treaties that aim to provide security for both Turkish investors abroad and foreign investors in Turkey. Together with the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, ratified by Turkey in 24 January 1992, the ratification of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards by Turkish Law n.° 3731 in 1991 was another step forward. The Turkish International Arbitration Law (Law n.° 4686, hereinafter TIAC) was enacted on June 21, 2001, and came into force on July 5, 2001. Even a cursory overview of TIAC would show that it was highly influenced by the United Nations Commission on International Trade Law Model (UNCITRAL). After the change in Turkish Civil Code in 2012, not only international arbitration, but also the rules governing domestic arbitration are based on UNCITRAL Model Law.

II. Sources of the Law of International Arbitration

A. Domestic sources

1. The Turkish Code of Civil Procedure (n.° 6100, TCCP)

The Turkish Code of Civil Procedure (n.° 1086, TCCP) of 1927 was taken from the Swiss legal system (The Neuchatel Code). Domestic arbitration is governed by articles 516-536 of the Turkish Civil Procedural Code. In 2012 a new Code of Civil Procedure

---

1 Aygun, M. «The Turkish International Arbitration Law», paper presented at the annual meeting of The Law and Society Association, Hilton Bonaventure, Montreal, Quebec, Canada, May 27, 2008.

2 Nomer, E. *Devletler Hususi Hukuku*. Istanbul, 2009, 17th Ed., Beta, p. 512; Dayindarli, K. *HMUK'da düzenlenen İç Tahkim, Dayınlarlı Edition*. Ankara 1997, p. 9.

came into force with article 407 of the new Code of Procedure giving the rules for domestic arbitration. This Code provides for issues such as arbitrability, constitution of the arbitral tribunal, arbitration proceedings and recourse against the arbitral award and is based on UNCITRAL Model Law. Changes in the Civil Procedural Law improved the rules to which domestic arbitration is subject and, like international arbitration, the international standard rules now govern domestic arbitration.

TCCP applies to arbitration if the arbitration does not have a foreign element. Article 408 of TCCP provides that disputes arising from *in rem* rights on immovable property and disputes that are not governed by the parties' mutual agreement are not convenient for arbitration.

Article 411 of the TCCP provides that the court may only intervene where so provided in TCCP. Article 413 of the TCCP stipulates that jurisdictional objections due to the arbitration agreement have to be made to the court not later than the submission of his first statement on the substance of the dispute. In such a case, the court refers the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. Raising an objection to arbitration does not impede the arbitral proceedings.

Article 414 of TCCP provides that unless otherwise agreed by the parties, during arbitral proceedings the arbitrator or the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures or record evidence. The arbitrator or the arbitral tribunal may condition the granting of an interim measure on the provision of an appropriate security.

Article 439 of the TCCP governs the grounds for challenge and they are identical to UNCITRAL Model Law.

Article 419 governs the responsibility of the arbitrators. Unless otherwise agreed by the parties, if an arbitrator accepting an appointment as an arbitrator in arbitral proceedings fails to act without showing sufficient cause, he shall be liable for any loss of a party caused by his non-performance.

Under article 422 the arbitrator or the arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. The parties are free to agree otherwise, but if no alternate agreement exists, the arbitrator or the arbitral tribunal shall —within one year from the date on which the arbitrator is appointed in arbitration proceedings with a sole arbitrator, or from the date on which the tribunal issued the first minutes of the first hearing in arbitration proceedings with more than one arbitrator— rule on the merits of the claim.

2. The Law concerning Arbitration for Concession Contracts, Law n.° 4501

Law n.° 4501, of 2001, governs concession contracts and especially Build-Operate and Build-Operate-Transfer contracts. The Law was enacted to implement the 1999 amendment of the Turkish Constitution which aimed to promote the international financing of Turkish infrastructure projects. Before the Law on Concession Contracts came into force, disputes arising from Build-Operate and Build-Operate-Transfer contracts were qualified as administrative contracts and as such the Administrative Courts of Turkey had jurisdiction over these disputes. The advent of this Law enabled investors, such as electricity project investors, to refer the contract drafters to TIAC to incorporate arbitration clauses into their contracts.

In 1999, the Turkish Constitution was amended to attract more foreign investment to Turkey and to adapt to a more modern international arbitration system.[3] An amendment to article 125 of the Constitution made it possible for arbitration to be applied to disputes arising out of concession contracts regarding public services that involve a foreign element. The power of the Turkish courts on supervision, inspection and conclusion of the concession contracts was altered by article 155 of the Constitution, so that the court would be required only to give its opinion on the issues, and it had to give this opinion, etc. within a limited time period. Article 47 was also revised to clear any possible barrier against privatization. Furthermore, some new acts were passed, so as to ensure harmony between the new articles of the Constitution and the existing national laws. Article 90.5 of the Turkish Constitution, ensures that international treaties have the same effect as a national act and it is prohibited to make an application for the cancellation of the provisions of an international treaty to the Constitutional Court.

Many foreign investors are attracted to Turkey to work in Build-Operate and Build-Operate-Transfer projects. Given the size and value of such contracts, it is hardly surprising that one of the key issues for investors is access to effective dispute resolution. International investors often prefer international arbitration over lengthy and unpredictable procedures in the national courts. The changes brought about a modern and uniform arbitration system that provides a comfortable platform for modern investors in Turkey for Build-Operate and Build-Operate-Transfer projects.

B. International sources

1. Multilateral and bilateral conventions

Turkey is party to almost all multinational conventions in the field of arbitration, including the New York Convention of 1958, the European Convention of 1961

[3] Official Gazette n.° 23786 and dated 14 August 1999.

and ICSID. Besides multinational arbitration conventions, Turkey has signed 81 Bilateral Investment Treaties (BITs) with different countries and 64 of them have entered into force.4 These BITs include provisions on international arbitration to prescribe more effective methods of dispute settlement for any disputes that might occur among investors and the host state. The important effect of article 90.5 of the Turkish Constitution is to make provisions of international treaties in force in Turkey override the provisions of the laws on domestic and international arbitration.5

2. The Turkish International Arbitration Code (n.° 4686, TIAC)

The Turkish International Arbitration Code (n.° 4686, TIAC) is the primary set of rules applicable to arbitration proceedings; it is based on UNCITRAL Model Law.

All commercial disputes can be settled through arbitration under the provisions of TIAC, as long as they are arbitrable. As a result of the constitutional amendments in 1999, as long as there is a «foreign element», disputes arising from concession contracts regarding public services may be resolved through arbitration (article 125/I of the Constitution).

---

4 Turkey's BITs are available at http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779.

5 Article 90 of the Constitution of Republic of Turkey:
Approval of International Treaties
(1) The ratification of treaties concluded with foreign states and international organisations on behalf of the Republic of Turkey shall be subject to adoption by the Turkish Grand National Assembly by a law approving the ratification.
(2) Agreements regulating economic, commercial or technical relations, and covering a period of no more than one year, may be put into effect through promulgation, provided they do not entail any financial commitment by the state, and provided they do not infringe upon the status of individuals or upon the property rights of Turkish citizens abroad. In such cases, these agreements must be brought to the knowledge of the Turkish Grand National Assembly within two months of their promulgation.
(3) Agreements in connection with the implementation of an international treaty, and economic, commercial, technical, or administrative agreements which are concluded depending on the authorization as stated in the law shall not require approval of the Turkish Grand National Assembly. However, agreements concluded under the provision of this paragraph and affecting economic or commercial relations or the private rights of individuals shall not be put into effect unless promulgated.
(4) Agreements resulting in amendments to Turkish laws shall be subject to the provisions of the first paragraph.
(5) International agreements duly put into effect bear the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. (Attachment: Article 7 of the Act dated 7.5.2004 and n.° 5170). In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.

TIAC preserves the principle of party autonomy and freedom. The parties are free to decide on the arbitration procedure, to choose a system of arbitration rules and select the language of the proceedings. If no party agreement on the rules of procedure has been made, the arbitral tribunal applies the provisions of TIAC.

The court's role under the rules of TIAC is restricted to one of assistance and, in limited circumstances, supervision. The parties can apply to the court for relief such as injunctions, removal of arbitrators and enforcement of arbitration agreements. The Turkish courts are obliged to offer relief in the form of interim measures even where the seat of arbitration is not Turkey. Arbitral awards may only be set aside under TIAC on limited grounds such as the invalidity of the arbitration agreement or substantive procedural irregularity. Parties may partially or completely waive their rights to recourse to the arbitral award.

3. The Turkish International Private and Procedural Code (n.° 5718, TIPPC)

The Turkish International Private and Procedural Code (Law n.° 5718, TIPPC) entered into force in 1982 and was amended in 2007. It has provisions related to the enforcement of foreign arbitral awards and the conflict of laws determining the applicable law. The TIPPC also stipulates the procedural rules including the jurisdiction of the Turkish courts for international disputes. The articles of TIPPC concerning arbitration are focused on enforceability and govern the proceedings of the enforcement application and action. The grounds for refusal of enforcement of a foreign award found in TIPPC are almost identical to article V of the New York Convention.[6]

C. Role of EU law

Turkey has been in a custom union with the EU since 1996. Because of the custom union, the ongoing EU pre-accession process and the IMF (International Monetary Fund) Stand-by Agreement, the economic and legislative developments over this period have brought Turkey steadily more in line with the main policies and standards of the EU.

Turkey is still not a full member of the EU and so the role of the EU is limited in so much as EU law is not applicable to arbitration.

III. The election of Turkey as seat of arbitration

Turkey has an ideal location for neutral arbitration proceedings. The geographical advantage that Turkey benefits from is not important only for its cultural and

[6] See below.

economic relationship with its neighboring countries and the wider region; it also makes Turkey easily accessible within a reasonable timeframe from many countries. Istanbul has recently become one of the most important hubs for international air traffic and now a direct flight to almost anywhere in the world is available. Due to the popularity of tourism and Turkey's international congress activities, the size of Turkish hotels more than meets the requirements of the business world. Turkish hotels are familiar with international arbitration hearings and can easily provide the necessities for the hearings.

It is important for the parties to have sufficient information concerning the law applicable to the contract as well as the law applicable to the arbitral proceeding before submitting to arbitration. Turkish law preserves the parties' right of freedom to select the applicable law to the substance. Thus, the parties may select the law that they know best or have easiest access to; in short the law that they feel comfortable with. If the parties choose Turkish law to apply to their contract, as will be explained below, thanks to its similarity to Swiss and German law, Turkish law is relatively easy to understand and apply for other nationals.

Compared with the law applicable to the substance, arbitration law plays a more important part in determining the place of arbitration. It is important for the parties to select an arbitration-friendly forum and arbitration law. To this end, Turkey is a party to all the international conventions in the field of arbitration and Turkish arbitration law is a contemporary law based on UNCITRAL Model Law.

Since Turkey is party to the New York Convention, an award made in Turkey can easily be enforced in most countries of the world. Moreover, since Turkish arbitration law is based on the UNCITRAL Model Law, the interference of the Turkish court with the award is limited and allowed only to assist the arbitration. The grounds to challenge an award are also limited and identical to the rules that the UNCITRAL Model Law provides. It is important to note that since adopting UNCITRAL Model Law in Turkey, implementation and difficulties in court practice have improved significantly.

When Turkey is selected as a place of arbitration, the parties may choose the language of arbitration and also assign foreign counsels or appoint foreign arbitrators as Turkish law grants great freedom to the parties.

The global arbitration community offers a number of arbitration institutes. No matter where their headquarters are, it is possible to determine a place of arbitration different to the headquarters of the international arbitration institution that has been chosen. Turkey has been selected as the place of arbitration in many ICC arbitrations.

In addition to the international arbitration bodies, there are also well recognized arbitration institutes located inside Turkey that are capable of running international arbitration disputes. Istanbul Chamber of Commerce and the Union of Chambers of Commerce and Commodity Exchanges of Turkey are the two most popular arbitration institutes and they deal with both international and domestic disputes.

A. The arbitration agreement

1. Validity of the arbitration agreement

1.1. Formal validity

Article 4 of the TIAC provides that the arbitration agreement shall be in writing or evidenced by writing; this is mainly intended to ensure legal certainty.

Article 4 of the TIAC provides that the term «agreement in writing» shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters. When parties refer to standard arbitration rules or standard contracts containing an arbitration clause they have to make sure that the arbitration institute that they are referring to actually exists and that the name or abbreviation of the institute and the standard rules referred to are written and spelt correctly.

The TIAC includes contemporary communication methods such as fax or other means of telecommunication; electronic format documents are also deemed to be agreements in writing.

The most common method of making a written arbitration agreement is by signing an arbitration agreement or where a principle agreement contains an arbitration clause.[7] Article 14 of the Turkish Obligation Code recognizes the concept of an electronic signature and gives it the same conclusive force as a hand-written signature. However, in the same article a signature produced by mechanical means such as for example a stamped or photocopied signature is only recognized as sufficient where its use is customary. Signatures on financial instruments which are issued in large numbers can be considered as an example.

The TIAC accepts arbitration agreements that are written in electronic format. The arbitration agreement or principle agreement does not have to have an electronic

[7] «The arbitration agreement in the package holiday tour is not valid since it was not signed by the respondent or its agent. An arbitration agreement that is not signed is not valid». Turkish Supreme Court 13th Legal Circuit, dated 12 April 2006, n.° 521/5446 (Collection of Supreme Court Decisions YKD., 2006/7, pp. 1099-1100).

signature. In Turkish law electronic signatures are regulated by the Electronic Signature Code dated 23 January 2004,[8] which also indicates that an electronic signature has the same legal consequence and effect as a handwritten signature.

The TIAC validates the arbitration agreement even if it is not in the written form required, if it is in an exchange of statements of claim and defense where the existence of an agreement is alleged by the claimant and not denied by the defendant (article 4). If the defendant only challenged the merits of the dispute and not the validity of the arbitration agreement, then he could not object to the jurisdiction of the arbitrators at a later stage, as this would violate the honesty rules and contradict the defendant's previous behavior. The Turkish Supreme Court also confirmed that if the jurisdiction of the arbitrators was not contested by the defendant and only the merit of the dispute was defended, then an allegation made against the validity of the arbitration agreement at a later stage is considered not to be in good faith.[9]

Naturally, if the defendant objected the jurisdiction of the tribunal as well as stating its defense on the merits of the case then the validity of the arbitration agreement may be challenged at a later stage, *i.e.*, at setting aside the enforcement.

1.2. Substantive validity and arbitrability

For arbitration proceedings to be brought, the parties must have concluded a valid arbitration agreement amongst themselves. The essential element of the arbitration agreement is the parties' intention to arbitrate. Thus, the parties' intention to refer the dispute to arbitration needs to be as clear as possible.[10]

---

8 Electronic signature means an electronic data using for the purpose of ID verification and adding to another electronic data between which there exists a rational relation. (Electronic Signature Code, article 3/b). Secure electronic signature means an electronic signature which is exclusively at the disposal of its owner and formed for the purpose of having a secure electronic signature and enabling the determination of whether any change has been made in the context of electronic data after making the signature by its owner. (Electronic Signature Code, article 4). See Erturgut, M. *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*. Ankara 2004, ss. 54-93.

9 Turkish Supreme Court 19th Legal Circuit, dated 26 January 1996, n.° 6153/610; Turkish Supreme Court 19th Legal Circuit, dated 26 November 1996, n.° 6154/611.

10 Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers, dated 5 May 1965, n.° 776/198 (Ertekin/Karatas, p. 66); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 15 September 1994, n.° 722/4938 (Ertekin/Karatas, p. 66); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 8 July 1992, n.° 3004/3710 (Ertekin/Karatas, pp. 66-67); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 23.10.1986, n.° 4446 /3473 (Ertekin/Karatas, p. 67); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 13 March 1989, n.° 4943/1218 (Ertekin/Karatas, p. 67); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 9 April 1990, n.° 361/1677 (Ertekin/Karatas, pp. 67-68); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 04 November 1986, n.° 19/3650 (Ertekin/Karatas, p. 68); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 17 De-

A simple one-sentence arbitration agreement is fine, if that is what the parties want. Simplicity is important and often parties to contracts do not want complicated arbitration clauses. In particular, when the parties refer to institutional arbitration, a simple arbitration clause is better since the rules referred to regulate the proceeding in detail. The location of the arbitration is always advised to be stated in the arbitration clause.

If the parties prefer a well-drafted arbitration clause, the parties may agree to the various issues of arbitration such as selection and qualification of the arbitrators, language of Arbitration, governing law, and expenses.

Under article 4 the arbitration agreement is valid if it complies with the requirements of the law chosen by the parties to apply to the arbitration agreement or, where a choice was not made, if it complies with the requirements of Turkish law.

The respondent may passively accept the validity of the arbitration proceedings if he participates in the proceedings without any jurisdictional objection. The respondent would then be considered to have accepted by its conduct that the arbitration proceedings were correctly constituted and that the arbitration agreement was valid; this will not be open to challenge in a later stage.[11] In particular, the respondent would not be at liberty to claim that the arbitration agreement was not valid during the setting aside or enforcement proceedings, in the light of the honesty principle.[12]

In a decision of the Turkish Supreme Court it was decided that inaccuracies of the statement of the arbitration clause would not defeat the validity of the arbitration agreement since the parties were *ad idem* on the principle of arbitration.[13] In a contract where the parties agreed to arbitration under the Paris Chamber of Commerce, the

---

cember 1984, n.° 2342/3966 (ERTEKIN/KARATAS, pp. 68-69); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 11 April 1996, n.° 1822/2105 (ERTEKIN/KARATAS, p. 69); Turkish Supreme Court 13th Legal Circuit, dated 12 April 2006, n.° 521/5446 (Collection of Supreme Court Decisions YKD., 2006/7, pp. 1099-1100.

11 NOMER, E. *Op. cit.*, p. 19.

12 It should be stated that, even prior to entry into force of the TIAC, the Turkish Supreme Court has stated that, if the respondent makes no objection in its reply brief against the claimant's allegation on the existence of an arbitration clause in accordance with the honesty principle, the respondent shall not be entitled to object to the jurisdiction in the later stages. For decisions in the same vein see Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 18 April 1988, n.° 1470/1534 (Kuru, vol. VI., p. 5965); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 2 October 1992, n.° 2233/4269 (Kuru, C. VI, s. 5965).

13 Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 17 December 1984, n.° 2342/3966 (Ertekin/Karatas, pp. 68-69); Turkish Supreme Court 15th Legal Circuit, dated 11 April 1996, n.° 1822/2105 (Ertekin/Karatas, p. 69).

claimant referred the dispute to the International Chamber of Commerce since the local Chamber in Paris did not provide any Arbitration service. The Turkish Supreme Court decided that since the parties' intention on arbitration was clear and the dispute was international, the true intention of the parties was certainly Arbitration under the Rules of the International Chamber of Commerce located in Paris.[14]

2. Separability of the arbitration agreement

The contract and the arbitration agreement are separate entities under Turkish law even if the arbitration agreement has been incorporated as a section of the contract itself. Because of this any invalidity in the contract provision does not affect the validity of the arbitration agreement, which is free standing in this respect and separable. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void does not extend *ipso jure* to a decision that the arbitration agreement is invalid.[15] A null and void contract may contain a perfectly valid arbitration agreement.

3. Extension of the arbitration agreement to third parties

As a general rule, the arbitration clause binds only the parties that originally agreed to it. In practice, the arbitration agreement may be extended to non-signatory third parties under very limited specific circumstances, such as assignment of the agreement. Arbitration law imposes strict form requirements on arbitration agreements, but once these are met, the subsequent question of who is a proper party to the agreement may be determined without reference to similar requirements. In commercial practice, it is common to transfer the contract or the benefit of the contract to a third party. Specifically under Turkish law, a creditor may transfer its rights arising from an agreement without the obligor's consent, whereas transferring contractual obligations requires the consent of the other party. Agreements may be transferred to third parties and this raises the question of the validity of arbitration agreements between the transferee and the original, remaining party.

The concrete question is of whether a third party, which is not a party (or 'signatory') to the contract containing the arbitration agreement, may nevertheless be bound to arbitrate.

The TIAC does not contain any provision on the matter, and the sparse case law of the Turkish Supreme Court relating to this issue does not contribute much in the way of an answer. The prevailing opinion in Turkish legal literature is that

---

[14] In the Case n.° 7895, Final Award dated 1994, published in the ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 8, n.° 2, 1997.

[15] Sanli, C. *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. Op. cit.,* pp. 231-232.

the binding effect of arbitration agreements in succession to specific rights and/or obligations is a strong principle. The main rule is that arbitration agreements are binding in succession, which is an exception to the principle that an arbitration agreement is only binding upon the signatory parties.

One may question whether the beneficiary or controlling shareholder can be party to arbitration, even though they are not party to the arbitration agreement. Under Turkish law, arbitration is possible only between or amongst the parties who are party to the arbitration agreement. Thus, a party who is the beneficiary cannot be forced to be a party to an arbitration agreement.[16] More importantly, if the contract provides some obligations to third parties, the third parties cannot be forced to be a party to the arbitration.

In ICC disputes n.° 11810 and 12195, the disputes were governed by Turkish law with a GSM company being the claimant. The subject matters of the disputes were the same in both arbitrations. The arbitrators decided that the Treasury Department had no legal standing although it was the beneficiary of the contract. Similarly, under Turkish law, parties who control or manage a company are not personally bound by the arbitration agreement that the controlled or managed company has signed. The arbitration agreement binds only the party who signed the arbitration agreement. Furthermore, under Turkish law, it was stated that a jointly liable party or guarantor is not bound by the arbitration agreement that the principle debtor had signed.

The principle that the arbitration agreement binds only the parties who are the party to the arbitration agreement has been well established under the Turkish law. In a dispute the main contract was signed by the shareholder who did not have the authority to make a contract on behalf of the company. The Turkish Supreme Court held that although the contract was performed by the parties and this expressed the parties' agreement regarding the substance of the contract, the arbitration clause should have been considered separately. Consequently, since the parties did not sign the arbitration agreement, the dispute could not be referred to arbitration, even though the main contract is valid due to the performance of the parties. The determination of who the parties to an arbitration agreement are is equivalent to the determination of which parties have consented to it or, as the case may be, of which parties should be barred from relying on an apparent lack of consent.

[16] Esen, E. *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*. Istanbul, 2008, p. 211.

The strict requirement of a valid arbitration agreement was confirmed by the Turkish Supreme Court in a particular case. Here the parties had concluded three contracts, one of which did not include an arbitration clause. The Turkish Supreme Court decided that the parties could not refer to arbitration for the disputes arising out of the contract which did not include the arbitration clause.[17]

4. Jurisdiction of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction under the arbitration agreement (principle of Kompetenz-Kompetenz)

Jurisdictional objections are often concerned with whether the arbitration clause or agreement is valid; if the matters to be considered for arbitration are within the arbitration clause or agreement or if those matters are considered «arbitrable». This is where the doctrine of competence-competence comes in. The jurisdiction of the arbitrators may also be in question in such circumstances. Under TIAC, arbitrators may rule on their own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement (article 7 H).

The doctrine of competence-competence is found in article 7 of TIAC, which provides:

> The sole arbitrator or arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration agreement.

B. The arbitral tribunal

1. Composition of the arbitral tribunal

Under TIAC only natural persons can act as arbitrators (article 7(B) (1)). Apart from this, there are no requirements as to the professional qualifications or educational background of the candidates for arbitrators under Turkish international law. The profession of the candidate as a lawyer, engineer, accountant, etc., or the nationality of the arbitrator is irrelevant as a matter of Turkish law. The law does not set any qualifications for acting as arbitrator —any person chosen by the parties is qualified to act, but one should look to the arbitration agreement as it may stipulate qualifications for the arbitrator and such qualifications would have to be applied—.

[17] Turkish Supreme Court 19th Legal Circuit, dated 03 June 2001, n.° 9357/4209.

Given the fundamental principle of party freedom, the parties can include a clause in the arbitration agreement that requires a candidate to satisfy certain qualifications in order to act as an arbitrator. Where the arbitrator does not meet the qualifications that the parties have agreed on in the arbitration agreement, this can lead to grounds for challenge.

2. Constitution of the arbitral tribunal

The selection of the arbitrators is particularly important to the arbitration process and the parties have to be able to determine how to select or appoint the arbitrators. The parties' freedom to select the arbitrators also includes their freedom on the determination of the number, nationality, qualifications and appointing authority of the arbitrators. The parties may also refer to the rules of an arbitration institute which would then form the applicable rules. In short, party freedom to select arbitrators is a fundamental right respected under Turkish law.[18] Article 7 of the TIAC gives parties the freedom to select the sole arbitrator or members of the tribunal.

The fundamental principle of party freedom of choice also holds for their agreement on the method of appointing the arbitrators. When parties agree on a procedure for appointing the arbitrators in the arbitration agreement, the arbitrators have to be appointed in accordance with these provisions. When drafting the arbitration agreement, care needs to be taken to preserve the principle of equity. For example, were the agreement to give one party the unilateral right to select the arbitrator or the majority of arbitrators then the procedure would be open to challenge as it may not be an equitable act.[19] In a case, the Turkish Supreme Court heard that the parties mutually agreed to

---

[18] An advance agreement by the parties concerning the nomination of the arbitrator or arbitrators may exist; however, it is also possible to appoint the arbitrator after the dispute has arisen. See Turkish Supreme Court 4th Civil Circuit decision dated 29 January 1980, n.° 10780/991 (JSCD. 1980/8, pp. 1086-1087).

[19] «As it is understood from the (…) contract's second article, choosing the arbitrator is solely left to the defendant company having the economical and social power (…). According to all of the explained legal and material facts, accepting that the arbitration clause is invalid with absolute nullity is mandatory (art. 20 of CO)». See Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 25 April 1991, n.° 8777/4493; Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 12 February 1992, n.° 13/606-56 (İKİD 1996/431, pp. 12217-12218). In this direction, see Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 25 April 1991, n.° 8778/4492 (JSCD. 1991/8, pp. 1222-1224; Yasa 1991/10, pp. 1405-1407). «It is stated in the supplementary agreement that the right to choose the arbitration tribunal belongs to the assertor. This rule was deemed to be contrary to Turkish public order (…). However in the present case the right to appoint the arbitrators is granted to 'the assertor' in other words to both of the parties. The claimant seller company is not brought to a prevailing level in terms of proceeding by such an arbitration clause. Thus, it is not acceptable for the provision in the supplementary agreement, relating to the nomination of arbitrators to be contrary to public

give the right to appoint the arbitrator to a party alone. The Court decided that this arbitral agreement could not be valid as it did not preserve the equity principle between the parties to the arbitration.[20] In another dispute the arbitral agreement gave the right to select the arbitrator to the claimant, whichever of the parties that may be. In that case the Turkish Supreme Court decided that since any of the parties may eventually be the claimant, the agreement did not prejudice a particular party. Referring to the equity of the parties, the Court held that such an arbitration clause did not give any of the parties an advantage when the arbitration clause was made and, therefore, did not violate the equity principle.[21]

Naturally, parties have the right not to use this freedom to select their arbitrators, in which case the law provides for the Turkish courts to give their assistance in appointing the arbitrators.[22] The competent court for the appointment of the arbitrator is the First Instance Court where the defendant is domiciled or has its habitual residence or place of business. Where the defendant does not have a domicile, habitual residence or place of business, the First Instance Court of Istanbul has jurisdiction as the default court. If the Court has to appoint any of the arbitrators, then its decision is final and there is no appeal against this decision; this prevents delays due to a possible appeal of the decision on the appointment of the arbitrator.

The First Instance Court, when appointing an arbitrator, must consider the agreement of the parties and the independence and impartiality of the arbitrators.[23]

---

order». See Turkish Supreme Court 19th Civil Circuit decision dated 8 July 1998, n.° 3599/4770; Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 9 June 1999, n.° 19/467-489 (JSCD. 2000/ 2, pp. 183-186).

20 Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 25 April 1991, n.° 8777/4493; Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 12 February 1992, n.° 13/606-56 (İKİD 1996/431, pp. 12217-12218). In this direction see Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 25 April 1991, n.° 8778/4492 (JSCD. 1991/8, pp. 1222–1224; Yasa 1991/10, pp. 1405-1407).

21 Turkish Supreme Court 19th Civil Circuit decision dated 8 July 1998, n.° 3599/4770; Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 9 June 1999, n.° 19/467-489 (JSCD 2000/ 2, pp. 183-186).

22 «If any party fails to appoint the arbitrator within the given time, it loses the right to appoint the arbitrator and the arbitrator needs to be appointed by the Court». See Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 11 February 1959, n.° 16-5; Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision 66 dated 22 December 1948, n.° 94/ (Kuru, B. C. VI, p. 6009, f. 39); Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers decision dated 19 March 2003, n.° 15-142/182 (Yargı Dünyası, August 2003, pp. 28-34).

23 «Article 11 of the power of attorney between the plaintiff and the defendant bank states that 'Any disputes arising from this contract between the bank and the attorney at law shall be settled by the administration council of the bank as an arbitrator'. However, the judge and the arbitrator must be a third party who is not related to the dispute. The freedom of contract in the article 516 of Civil Procedure Law is not absolute. The arbitration agreement is not allowed

In the case of a sole or third arbitrator, the Court will try to ensure that the appointed arbitrator's nationality is different to the parties'. Where three arbitrators are to be appointed by the Court, it will take care to ensure that for each party there will be at least two arbitrators of different nationality to that party. The same principal applies where more than three arbitrators are appointed.

The parties can select the arbitrators in order to save time. This could also reduce the chances of a challenge against the arbitrators as both parties will have already agreed to the names. As no time is wasted in selecting the arbitrators, the interim measure requests can be dealt with by those arbitrators. Where the parties state the name of an arbitrator in the arbitration agreement, the Turkish courts take the view that the parties have agreed to arbitration only as long as the nominated individual acts as the arbitrator.[24] In other words, the validity of the arbitration agreement depends on the availability of the designated individual to act as an arbitrator in the dispute and if those individuals are unable or unwilling to participate the arbitration agreement would be invalid.[25]

If the nominated arbitrator cannot or does not accept the appointment, the respondent may object to the arbitration. The principle applies even if only one of the individuals whom the parties have nominated in the arbitration agreement to act in the arbitral tribunal cannot or does not act as an arbitrator.[26] Given this strict

---

when the matter of the dispute conflicts with public order. Thus, the clause concerning the administration of the bank's arbitration for the dispute that had arisen between the bank and the attorney at law is invalid. Settling the dispute by arbitration instead of court pursuant to an invalid arbitration agreement is against procedure». See Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 26 September 1974, n.° 2385/2161 (Ertekin, E./I. Karatas, p. 148).

[24] Turkish Supreme Court 15th Civil Circuit decision dated 31 January 1989, n.° 2806/308 (Ertekin, E./I. Karatas, p. 131, f. 9). See also Turkish Supreme Court Commercial Circuit decision dated 18 April 1958, n.° 1139/1149 (Sİ 1958/123 pp. 3538-3540); Commercial Circuit decision dated 11 September 1958, n.° 2163/2037 (Doganay, I. p. 778, n.° 806); Commercial Circuit decision dated 5 May 1959, n.° 243/1308 (Doganay, I. pp. 779-780, n.° 810); Turkish Supreme Court 11th Civil Circuit decision dated 25 February 1982, n.° 413/740 (JSCD 1982/5, pp. 669-672); Turkish Supreme Court 15th Civil Circuit decision dated 26 November 1984, n.° 2230/3656 (Kostakoglu, C. pp. 172-173).

[25] If one of the arbitrators appointed by name in the arbitration agreement refuses, resigns or dies, again the agreement becomes void. In this vein see Commercial Circuit dated 4 April 1958, n.° 411/993 (Sİ 1958/127 pp. 3667-3671); Commercial Circuit dated 19 February 1960, n.° 27/564 (Journal of İstanbul Bar 1961/1-2 pp. 47-48; see for a memoir concerning this judgment Ustundag, S.: İHFM 1962/1 pp. 281-285; Commercial Circuit decision dated 21 November 1961, n.° 2761/4100 (Doganay, I., p. 783, n.° 820).

[26] Commercial Circuit decision dated 4 April 1958, n.° 411/993 (Sİ 1958/127, pp. 3667-3671); Commercial Circuit decision dated 19 February 1960, n.° 27/564 (Journal of İstanbul Bar 1961/1-2 pp. 47-48).

policy by the Court, parties who wish to specifically nominate their arbitrators in the arbitral agreement are advised to give alternative names or to define an alternative person by qualification.

This strict policy continues through the process and can be seen in the consequences of the nominated arbitrator not acting as arbitrator in the dispute. After the arbitration is started, if the arbitrator who is nominated in the arbitration agreement cannot or does not act as an arbitrator, the arbitration is terminated. This is stated in article 7/G of the TIAC: «in the case where the names of the arbitrator or arbitrators are stated in the arbitration agreement, if the mandate of the sole arbitrator, the tribunal or the majority of the arbitrators needed to take a decision terminates, then the arbitration terminates».

Since it is the inclusion of specific names in the arbitration agreement that causes this problem to arise, it is a different situation where the parties nominate their arbitrator after the arbitration agreement has been made.[27] If an arbitrator who is nominated after the arbitration agreement is made is unavailable, the arbitration agreement is not affected because it was incorporated without specific names being given; it does not depend on the availability of the nominated individual. The parties are then free to nominate an alternative individual.

The principle adopted by the Turkish Supreme Court is that if the parties have stated the name of an arbitrator in the arbitration agreement then it is the parties' clear intention to agree to arbitration only if that the individual nominated in the arbitration agreement acts as arbitrator. In the event that this named individual does not act as arbitrator, the arbitration agreement is null and void.

3. Independence and impartiality of arbitrators

Turkish law requires the arbitrators to be impartial and independent and the arbitrator has a duty to disclose all relevant information concerning his independency regarding the case. When a person is approached in connection with a possible appointment as an arbitrator, before accepting the appointment he must disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence (article 7/C). Otherwise, the arbitrator can be challenged by either of the parties. To reduce the risk of a challenge, a proposed arbitrator should disclose, before

---

[27] «An advance agreement by the parties concerning the nomination of the arbitrator or arbitrators may exist; however, it is also possible to appoint the arbitrator after the dispute has arisen. Arbitrators may be appointed by the parties and also they may agree on who will appoint the arbitrator». See Turkish Supreme Court 4th Civil Circuit decision dated 29 January 1980, n.° 10780/991 (JSCD 1980/8, pp. 1086-1087).

accepting an appointment, any information that might be considered relevant to his or her suitability. If, following such disclosure, one of the parties feels it would be inappropriate for the individual concerned to accept the appointment, that party has an opportunity to object and should do so promptly so that the matter can be resolved at an early stage.

Unlike the new ICC practice, availability is not an issue that has to be disclosed in Turkish law. When accepting the nomination, the arbitrators are expected to be available and to have enough time available to them that the arbitration proceedings may require. Therefore, the arbitrators are expected to finish the arbitration within the time set by the law. If the arbitrators do not make progress with the arbitration proceedings, the Turkish courts may refuse to grant a time extension and that would terminate arbitration.[28]

The duty to make a disclosure carries on after the appointment. An arbitrator is under an obligation to disclose any such circumstances without delay to the parties unless he has already informed them (article 7/C) throughout his duty.

In a published dispute arising from an arbitration agreement, the parties named the manager of the respondent party as an arbitrator. The Turkish Supreme Court held that the arbitration agreement was null and void under the principle of impartiality and independence.[29]

4. Challenge of an arbitrator

TIAC provides three grounds for challenging an arbitrator's appointment (article 7/C).

An arbitrator may be challenged if the appointed arbitrator does not meet the qualifications that the parties have determined. If either party has cause to believe that an arbitrator lacks the requisite degree of objectivity, or is for some reason incapable of performing his duties fairly and impartially, then it is right that such a party has an opportunity to object to that person sitting on the tribunal. For instance, parties can specify in the arbitration agreement that the arbitrators should be fluent in English or to be a lawyer, etc. If the determined qualifications are not met, any party may challenge the appointment of the arbitrator.

An arbitrator may also be challenged if circumstances exist or arise raising justifiable doubts on his impartiality or independence. The independence of an

---

[28] See below.

[29] Turkish Supreme Court 13th Civil Circuit decision dated 26 September 1974, n.° 2385/2161 (ERTEKIN E./ I. KARATAS. *Op. cit.,* p. 148).

arbitrator can be questioned on the relationship between the arbitrator and parties or the merit of the case. The arbitrator's impartiality can be seen by his conduct of the arbitration proceedings.

Finally, an arbitrator may be challenged under any of the provisions for challenge under the arbitration law determined by the parties. Grounds for challenging the arbitrator may also have been determined by the parties.[30] For instance, the parties may agree that, if there is more than one arbitration between the parties, then an arbitrator is not to be appointed for more than one of the arbitrations; otherwise this would constitute a ground for challenging the arbitrator.

If a challenge is made early and is ultimately unsuccessful, it will delay the conduct of the arbitration as well as leading to additional costs being incurred. It is not unknown for a party to seek to delay the arbitral process by raising unwarranted objections to a nominated arbitrator, or to derail the process entirely by a late application to remove an arbitrator midway through the case.

Parties can decide the procedure for challenging an arbitrator. If the parties do not agree on the procedure, a challenge is possible only within thirty days of them becoming aware of the circumstances of the challenge. Thus, if a party wishes to challenge an arbitrator, it should notify the counter party about the challenge request in writing at the latest thirty days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of the circumstances under which the arbitrator is to be challenged.

If the challenge is to be raised against only one of the three or more arbitrators in the tribunal, the party must first notify the arbitral tribunal about the request for a challenge stating the grounds for the challenge. The tribunal can accept the challenge and appoint a new arbitrator or reject the challenge. If they reject than the challenging party may, within thirty days of having received the notice of the

[30] «There is no provision in the Civil Procedure Law that the parties may agree on reasons for the exclusion of the arbitrator. According to the Law, reasons for the exclusion of an arbitrator are limited to reasons for the challenging of a judge. Arbitrators may be challenged under the same reasons as for judges (CPL art. 521/1). In TIAC, there is no provision which states that arbitrators may be challenged according to the same reasons for the challenge of judges; however, circumstances and conditions which throw suspicion on independence and impartiality of arbitrators may be reasons for challenge. Also in the above article of Civil Procedure Law, which states reasons for the challenge of judges. It aims to protect independence and impartiality, and promote the accomplishment of their duties equitably». See Taşkın, A. *Op. cit.,* p. 227; Alangoya, H.Y. *Medeni Usul. Op. cit.,* p. 575, f. 36; Alangoya, H.Y. *Tahkimin Niteliği. Op. cit.,* pp. 120-122.

decision rejecting the challenge, request the First Instance Court to overturn the tribunal's decision or to challenge the arbitrator or arbitrators.

If the challenge is against a sole arbitrator or the whole, or a voting majority, of the arbitral tribunal, then the application for the challenge must be addressed to the First Instance Court. The decision of the First Instance Court is final.[31] If the First Instance Court accepts the grounds for the challenge, then the arbitration terminates. A new appointment of the arbitrators will be made unless the name of the arbitrator was stated in the arbitration agreement, in which case the arbitration agreement may become void.

Where an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or for other reasons fails to accept and begin this duty without undue delay, his mandate terminates on his withdrawal from his office or when the parties agree on his termination. Where the arbitrator withdraws from his office or the parties agree to the termination of the mandate of the arbitrator, no acceptance of the validity of any grounds for challenging the appointment of that arbitrator ensues.

Any further issues on the grounds of the arbitrator's mandate being terminated may be decided by the First Instance Court on the request of either party. The decision of the First Instance Court is final.

---

[31] In arbitration pursuant the Civil Procedure Law, parties have no power to decide on a motion for challenge. The motion shall be admitted to the Court (CPL art. 521/III) and they cannot continue the proceeding until the Court decides on a motion for challenge. «According to the article 521/1 of Civil Procedure Law, arbitrators may be challenged pursuant to reasons for the challenge of judges, according to article 521/3 the motion for the challenge of an arbitrator shall be examined by the competent Court for the case. Even if there is no clear provision on this subject, as in the challenge of a judge, arbitrators cannot continue the proceeding until the Court decides on a motion for challenge, the arbitral proceeding must be postponed (by analogy to article 36/II of the Civil Procedure Law). Otherwise the award should be annulled as it is an award made outside of jurisdiction». See Turkish Supreme Court 15th Civil Circuit decision dated 23 February 2006, n.° 6880/995 (Yargı Dünyası, June 2006, pp. 128-130). «In that case, provisions on arbitration under the Civil Procedure Law must be applied. The arbitrators have made their award without addressing the issue brought up by the respondent claiming that the case cannot be arbitrated and informing that a case has been filed regarding a challenge against the arbitrators. However, it is observed that the respondent has filed a case regarding a challenge to the arbitrators and has requested a declaration that the case cannot be arbitrated under article 519 of the Civil Procedure Law. In this case, since the arbitrators are not competent to decide on their own jurisdiction; according to article 519 of Civil Procedure Law, instead of awaiting the judgment of the Court and dismissing the case in the event that the case is found not to be arbitrable, the arbitral tribunal proceeded with the case. Thus, the case is hereby annulled». See Turkish Supreme Court 15th Civil Circuit decision dated 23 February 2006, n.° 7599/1014 (Yargı Dünyası, August 2006, pp. 72-73).

Unless the parties agree differently, an arbitrator who accepts to act as an arbitrator but fails to do so without any rightful reason may be liable to pay the parties damages due to his failure.[32] If the arbitrator's mandate terminates for any reason, a substitute arbitrator must be appointed according to the same rules.

The time of arbitration is not suspended due to the replacement of one or more of the arbitrators unless the parties, the tribunal or the court consider it necessary or desirable.

C. The arbitral procedure

1. Law governing the arbitral procedure

The parties have the freedom to determine the law applicable to the arbitration and they can do so directly or by reference to arbitration rules. TIAC allows parties to agree on the procedural rules that the arbitrator or tribunal will apply or to the rules of international or institutional arbitration and the arbitrators will conduct the arbitration according to the parties' agreed rules.

Instead of attempting to provide an exhaustive list of rules in the arbitration agreement the parties can refer to standard arbitration rules. For this purpose the parties may agree to arbitration under a certain arbitration institute, such as the ICC or the LCIA. Alternatively, instead of referring to a given arbitration institute, the parties may refer to standard *ad-hoc* arbitration rules such as the UNCITRAL Arbitration Rules. Once the parties have expressed such institutional or *ad-hoc* standard arbitration rules, these rules will apply to the arbitration procedure.

Article 8 of the TIAC provides that, «subject to the mandatory rules of this Code, the parties are free to agree on the procedural rules that the sole arbitrator or arbitral tribunal has to apply or the parties may refer to a law or international or institutional arbitration rules». The limit on the parties' freedom to determine the applicable procedural law is given by the mandatory rules of the TIAC. For instance, as explained below, the requirement of equal treatment and due process are both mandatory rules of Turkish law according to article 8 of TIAC. However, as can be seen in the text of the TIAC, many articles clearly state that, «unless otherwise agreed» and in principle, the parties' freedom to decide is accepted and protected in the law.

If the parties fail to agree on their choice of applicable procedural rules, the arbitration is to be conducted in accordance with Turkish International Arbitration Law.

---

[32] See below.

2. Right to be heard and right to equal treatment

Article 8 of TIAC provides that «the parties shall have equal rights. The parties shall be given the opportunity of presenting their claims and defenses». This gives each of the arbitrators the duty to conduct the arbitration procedure by respecting the due process and treating the parties equally. Not only the chairman, but also the co-arbitrators, has the duty of equal treatment towards each of the parties irrespective of which party appointed them.

A party cannot waive the right to equal treatment is not valid.[33] An incident of prejudice that compromises the equal treatment principle will be grounds for challenge of the award regardless of whether the party who was prejudiced against directly or impliedly waived its right to equal treatment. Thus, the right of each party to present its claims and defenses is subject to the principle of equal treatment and due process under any and all circumstances. A violation of the principle of equal treatment and due process is a ground for setting aside the award under article 15 of TIAC, as long as it is presumed that such violation affected the tribunal's decision.[34] Moreover, such a violation may be considered as a violation of Turkish public policy.

3. Taking of evidence

The parties may directly or by reference to arbitration rules, determine the arbitral procedure to be followed. The parties may agree that the taking of evidence should be made in accordance with the rules and practice with which they are familiar.[35]

The parties shall submit their evidence within the time limit determined by the arbitrator or tribunal following any rules in the arbitration agreement. The parties and arbitrators can decide on the method of taking evidence after the arbitration has started according to article 12/B of TIAC.

As a typical civil law jurisdiction, Turkish courts do not have discovery or disclosure. Unless the arbitrators have ordered a particular method for submitting documents, counsels are free to make submissions in whatever form they find most

---

33 KAPLAN, Y. *Op. cit.,* p. 127.

34 See below.

35 This matter is important in terms of the application of the rules of Civil Procedure Law regarding the proving by deed, and it was controversial before the TIAC entered into force. See KURU, B. (v. VI, ss. 6053-6054).

effective. It is also becoming common in cases with voluminous documents for the parties to submit documents on CD-ROM or other electronic means.

The authenticity of documents must be capable of proof if challenged by the other party; but it is not usually necessary to produce original documents or certified copies unless there is some special reason for examining the original.

If a party refuses to provide the other party and the arbitral tribunal with documents, the production of which the arbitral tribunal has ordered, the arbitral tribunal has no power to force the refusing party to cooperate. As a practical matter, the arbitral tribunal's control over the evidentiary proceedings is limited by the fact that it lacks the coercive powers of *imperium* that exists in dealings with a country's national courts. In order to address this limitation, the arbitrator or tribunal is entitled to make an application, or authorize a party to make an application, to the Turkish courts for judicial assistance in taking evidence. Assistance of the First Instance Court may be requested, in particular, for documents or information that governmental agencies possess. The Court would apply the provisions of the Civil Procedural Code on taking evidence (article 12/B of TIAC).

Turkish arbitration law does not stipulate any provisions that explicitly deal with witness evidence. There may be one or two hearings to examine the submitted evidence and submissions of the expert witnesses. The main hearing is conducted primarily to examine the witnesses and expert witnesses.

The arbitral tribunal has no power to order a witness to appear and to give evidence. Each party presents the witnesses on whose evidence it intends to rely. Written witness statements are not part of Turkish court proceeding. In international arbitration practice in Turkey, it is often that the arbitral tribunals require written witness statements.

D. Provisional measures

1. Jurisdiction to pronounce provisional measures

Under article 6 of TIAC, an arbitral tribunal sitting in Turkey has the power to order an interim relief or conservative measure upon the request of either party. Although the TIAC gives arbitrators the power to grant interim relief and conservatory measures, the parties' right to agree otherwise is upheld. If there is no agreement to such restriction, the arbitrators have the power to grant interim relief or conservatory measures on the dispute as they see fit upon the application of a party. Security can be requested from the applicant as a condition for ordering such interim measures.

The arbitrator's power to grant interim relief or interim measures does not restrict the parties' right to make an application to the court under the Civil Procedural Code and Execution and Bankruptcy Law; this right is explicitly given by article 6 of TIAC. Thus, the parties have free choice to apply either to the court or to the arbitral tribunal to obtain the interim measure of protection sought. No restrictions are imposed on court access and a party does not need permission from the arbitrator to apply to the court.

Courts are bound by article 3 of TIAC for any interim measures they award on an international arbitration dispute and may intervene only as provided by this law in a positive manner to support the effective use of arbitration in Turkey. It is not incompatible with an arbitration agreement for a party, before or during the arbitral proceedings, to request the court to order an interim measure of protection and for the court to grant such a measure according to article 6 of TIAC. Indeed, an interim relief or interim attachment may even be necessary before the appointment of the arbitrator or the tribunal. Both, the interim measures and the conservatory relief, can be enforced in a jurisdiction that does not give its arbitrators such power.

After obtaining an interim measure or interim attachment from a Turkish court, article 10 of TIAC insists that the applicant has to start the arbitration proceedings within thirty days. Otherwise, the interim measure or attachment will be automatically lifted.[36]

2. Conditions for ordering provisional measures

The requirements that the parties should satisfy for the tribunal to issue interim relief are not provided in TIAC.[37] Under general principles of civil procedure, the arbitral tribunal will grant an interim measure to a party for the same reasons that a court may grant the interim measure. The arbitral tribunal may order a security to compensate any possible damage that the counterparty may suffer if it can satisfy the following *prima facie* requirements: (i) urgency, (ii) irreparable harm, (iii) a reasonable case (a *prima facie* case) on the merit, (iv) balance of interest, (v) prejudging the merits.

---

[36] As is known, according to article 109 of the Code of Civil Procedure, the preliminary injunction will be dissolved by itself, if the claimant does not present the document indicating the filed lawsuit to the officer executing the preliminary injunction and provide it to be filed within ten days following the preliminary injunction. The same rule applies to the disputes which have been referred to arbitration.

[37] The conditions for giving a decision on a conservatory attachment and preliminary injunction are set forth by article 257 of the Bankrtuptcy and Execution Law and the article 101 of the Code of Civil Procedure.

3. Type of provisional measures

TIAC does not specify the types of interim measures that the tribunal may order. As a general rule, the tribunal is free to order any interim measure that it deems necessary to prevent the requesting party from suffering irreparable harm that could not be remedied by damages in the final award, or to regulate the working relationship of the parties for the duration of the arbitration proceedings.

The tribunal looks to the various sources of law to evaluate the suitable interim measure. First, if the arbitration agreement or contract containing the arbitration agreement contains the procedure for interim measures the tribunal will certainly follow these procedures.

The tribunal will also look to the substantive Turkish law applicable to the dispute which contains certain specific measures. Under Turkish law one of the most common categories of interim measure is an *in rem* relief preventing the dissipation of assets which is functionally equivalent to a Mareva injunction. Another category of interim measure is used to shape the relationship between the parties during adjudication and to preserve evidence. This is a broad category under which all sorts of remedies can be requested.

The arbitral tribunal is not limited to Turkish-style interim measures of protection. However, the court may recast an arbitrator's order if necessary for the purpose of enforcing the measure. The recast provision is in place to ensure that arbitrator-issued orders are translated into orders which fit the Turkish enforcement system.

4. Challenge and appeal against provisional measures

Provisional measures are interim decisions. Since such decisions are not final provisional measures can be reviewed, lifted or amended when the circumstances are changed. Thus, the parties may ask the arbitral tribunal to reconsider its decision on interim measure. If the provisional measure is granted by the Turkish court, can the arbitral tribunal reconsider the interim measure granted by the court? There is no specific provision on this in Turkish law. The general principle is that if the provisional measure is granted before the competent court start to deal with the problem, such decision can be reconsidered by the court having jurisdiction on the substance. However, there is neither law nor court practice clarifying the circumstances where the dispute is settled through arbitration. In any case, as will be explained in the next section, if the provisional measure is not enforced willingly the national courts will be asked to assist. In other words, the courts will assist in case the counter party refuses to execute the interim measure granted by the arbitral tribunal.

5. Enforcement of provisional measures

5.1. Enforcement of provisional measures ordered by an arbitral tribunal seating in a foreign country

Arbitrators may not grant an interim measure or interim attachment that needs to be enforced by an execution office or by another official authority or any measure that binds third parties. Article 6 of TIAC on the one hand authorizes the arbitrators to grant interim measures or interim attachment, but on the other hand limits the authority granted. Third parties to the arbitration agreement are protected from the effect any such an interim measure. TIAC requires an application to the court if the assistance of execution office or any other official office is necessary to enforce the interim measure or interim attachment decision.

The arbitrator derives his power from the arbitration agreement. The arbitration agreement is a contract that only binds the parties who entered into it and has no effect on third parties. A Mareva injunction ordered by an arbitrator could, thus, only bind the arbitration parties, not their banks where the assets are held. Secondly, an arbitrator lacks any enforcement power. As a consequence, the Mareva injunction ordered by him would not carry the threat of contempt of court, but would only have contractual effect between the parties.

Under Turkish court practice the courts can order *ex parte* interim relief. No provision exists on whether or not the arbitrators can grant *ex parte* interim relief. Due process is one of the fundamental principles, but if the circumstances require it, the arbitrator may grant *ex parte* interim relief, as long as the counter party's arguments are heard and the decision is reviewed.

The arbitrator's power to grant interim relief or interim measures does not restrict the parties' right to make an application to the Turkish courts.

Though arbitrators have been given jurisdiction to make interim measures by TIAC, it may be the case that the party refuses to voluntarily comply with the interim measure decision of the tribunal. In such a case the tribunal lacks the power of the courts to enforce compliance with the interim order. The counter party may request the assistance of the competent Turkish court in granting the interim measure or attachment.

If the party against whom the interim award has been made by the tribunal does not voluntarily comply with the award, the other party or the tribunal may apply to the Turkish courts to grant the interim award. Upon an application for enforcement

of an interim measure before the competent Turkish court, the court may grant the same interim relief or interim attachment as the arbitrators had themselves issued. However, the Turkish court is certainly at liberty to reassess the case for an interim measure on its merits and if it is of the opinion that the requirements for the interim relief or interim attachment have not been met, the application may be rejected despite the arbitrators' decision on interim relief or attachment.

The competent court to ask for the interim relief and interim attachment is the First Instance Court where the defendant is domiciled or has its habitual residence or its place of business. If the defendant does not have a domicile, habitual residence or place of business then the First Instance Court of Istanbul shall have jurisdiction. The competent First Instance Court, if necessary, may also seek the assistance of another First Instance Court.

5.2. Enforcement of provisional measures in connection with arbitration abroad

a. Enforcement of provisional measures ordered by foreign arbitral tribunals

In Turkish law there is no specific provision to enforce the provisional measures given by foreign tribunals. As a principle, if the party does not voluntarily comply with the tribunal's award, the other party or the tribunal may apply to the Turkish courts to grant the interim award.

An application for any interim measure of protection available under Turkish law can be filed with a Turkish court even if the seat of the arbitration is outside Turkey or has not yet been determined.

b. Enforcement of provisional measures ordered by foreign state courts

Under Turkish law enforcement of foreign judgments are possible, but the judgment needs to be final. An interim measure granted by a foreign court cannot be enforced in Turkey. In any case, an application for any interim measure can be filed with a Turkish court even if the place of arbitration is not in Turkey.

E. Law governing the merits of the case

1. Choice of law by the parties

The principle of party autonomy entitles the parties to choose the applicable law and the parties may choose the applicable law in their contract or after the dispute has arisen.

The parties may agree to a neutral applicable law or to a law that they feel familiar or comfortable. There should be no relevance required between the law chosen and the dispute or parties. The parties are entitled to choose the applicable law before or after the arbitration has started.

When determining the substantial issues, the parties' contract has to be taken into account in the first instance. Whilst interpreting and filling the provisions of the contract the accepted trade usages applicable to the transaction are also to be taken into account. Accepted trade usage refers to the rules of trade practice that the business community accepts and obeys. Under Turkish law a rule is deemed to be accepted trade usage when it has been practiced for a long time and the merchants feel that applying this rule is necessary. Accepted trade usage will be taken into account to interpret the parties' intentions.

Parties are free to choose the law to be applied to their dispute or may decide to allow the arbitrators to act as *amiable compositeur*. Article 12/C of the TIAC provides that the arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so. Otherwise, the validity of the award or enforceability of the award may be compromised.

In practice, sometimes the arbitrators expressly ask for this authority during the arbitration. The parties can agree for the arbitrators to act as *amiable compositeur,* but this agreement has to be explicitly written, preferably in the terms of reference.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal in the absence of choice by the parties

In the absence of the choice of law to be applied to the substance of the dispute, the arbitrator or tribunal decides according to the law with which they consider the dispute to be most closely connected.

Any arbitration rules that the parties have referred to may provide how to determine the law applicable to the substance, but in the absence of a given choice of law, the arbitrators are given wide freedom to determine the applicable law. Article VII of the Geneva Convention of 1961, that Turkey is a party to, provides that «failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable».

Similarly, article 12 of TIAC provides that «in the absence of the choice of the law to be applied to the substance of the dispute, the sole arbitrator or arbitral tribunal shall decide according to the material rules of the law with which it considers the dispute is most closely connected». Thus, in the absence of a given choice of law, TIAC gives the arbitrators wide freedom to determine the applicable law.

The operative part of article 12 is defined by the closest connection to the dispute. The elements of the dispute such as the place of performance, the habitual residence, nationality of the parties or place where the contract was made should be taken account. Once the arbitrators determine the most closely connected law, the material rules of this law are to be applied but this application is not extended to the conflict of laws rules. In other words, once the arbitrators determine the most closely connected law with the dispute, only the material rules of this law are to be applied and the conflict of laws rules associated with the applicable law are not relevant.

The main issue is how to determine which law is most closely connected to the dispute. While determining this law, the arbitrators may or may not apply the conflict of laws rules of the relevant jurisdiction. In other words, the arbitrators have great freedom over the method used to determine the law most closely connected to the dispute.

TIAC does not provide any mandatory rule for the application of the Turkish conflict of laws rules. Even when an arbitration dispute is governed by TIAC, the arbitrators do not necessarily have to apply Turkish conflict of laws rules. If Turkish conflict-of-laws rules are considered by the tribunal to be applicable to the arbitration, then the arbitrators will take Turkish International Private and Procedural Law (TIPPL) into account. TIPPL provides different conflict of law rules depending on the nature of the dispute. The dispute may arise from a contract, unjust enrichment or tort.

3. Limit to the freedom of the parties and arbitrators (*lois de police*)

In the practice of international commercial law, the application of *lois de police* is seen as a growing concept. Each State may have political, social or economic policies which make it difficult for the application of foreign law to be accepted. As a result, the law of the relevant State will need to be applied immediately without considering the rules of conflict of laws. Application of *lois de police* is a highly debatable concept in arbitration.

Arbitrators are not officers of any particular State. However, the reality is that their decisions may only be valid or enforceable if applicable *lois de police* has been applied effectively. TIAC does not provide any rules governing *lois de police*. Turkish International Private Law provides for *lois de police*. One should note that arbitrators do not have to apply Turkish conflict of laws even if the place of arbitration is Turkey.

Article 6 of TIAC provides that «when applying foreign law effect is given to the immediately applicable rules of Turkish law, regard shall be given to their nature and purpose».

Moreover, article 31 of Turkish International Law provides that «when applying the applicable law to the contract, effect may be given to the immediately applicable rules of the law of another country with which the contact has a close connection». In considering whether to give effect to these rules, regard shall be given to their nature and purpose to the consequences of their application.

F. The award

If the tribunal cannot come to a unanimous decision, the majority opinion will become the award. The minority arbitrator(s) can render a dissenting opinion. Article 7/A of TIAC specifically requires that the number of arbitrators is to be odd to enable the arbitral tribunal to make a majority award in case no unanimous opinion can be found on the dispute. If there is a dissenting opinion it is attached to the award. The dissenting arbitrator may refuse to sign the award or even to participate in the deliberation meeting. The validity of the award is not compromised. An award made by a majority is valid even if there is a dissenting opinion and if a minority of the arbitrator(s) does not sign the award the validity of the award is unaffected.

In Turkish law, there is no rule that allows any special weight to the chairman's opinion and if no majority award can be found, the arbitration is terminated.

The rules of article 14 of TIAC provide the standard form that the content of the award must take. Accordingly, the award shall state:

a) Names and surnames, titles and, if any, the representatives and counsels of the parties;

b) The reasons upon which the decision has been based, and in the case of a claim for damages, the amount awarded;

c) The date of the award and the place of arbitration;

d) The names, surnames and signatures of the sole arbitrator or members of the arbitral tribunal that made the award and the dissenting opinion, if any, and,

e) A statement reminding the reader that it is possible to make an application for setting aside the award.

Article 14/C of the TIAC provides that the provisions concerning notification by the court do not apply. The tribunal or sole arbitrator can notify the award simply by courier. Thus, the tribunal or sole arbitrator can notify the award simply by courier.

The parties may ask for the award and the arbitration file to be deposited with the First Instance Court where the defendant has domicile or habitual residence or its place of business. If the respondent does not have a domicile, habitual residence or place of business, the First Instance Court of Istanbul has jurisdiction. In this case, the arbitrator or tribunal deposits the arbitration file and award with the Court and the arbitration file will be preserved by the Court and the expenses are met by the parties.

G. Challenge and revision of the award

1. Challenge of the award

TIAC contains an exhaustive list of limited grounds on which an award may be set aside. These are identical to those in article 36(1) of the UNCITRAL Model Law, that were taken from article V of the 1958 New York Convention.

The grounds to challenge of the awards are as follows:

a) Lack of capacity of parties to conclude arbitration agreement or a lack of a valid arbitration agreement;

b) Lack of notice of appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or an inability of a party to present his case;

c) The award deals with matters not covered by submission to arbitration;

d) The composition of the arbitral tribunal or conduct of the arbitral proceedings is contrary to the effective agreement of parties or, failing agreement, to the Turkish Law;

e) Non-arbitrability of the subject-matter of the dispute;

f) Violation of public policy.

1.1. Proceedings

Unless otherwise determined by the court where the application was made, the request for setting aside the award is decided by examining the documents of the file. However, in practice the courts often call for a hearing to hear the parties.

Decisions on the setting aside of an award can be appealed under the Civil Procedural Code, but a revision of the appeal decision cannot be asked for. The examination in appeal is limited to the reasons for setting aside the award. Some of the grounds for setting aside are considered by the court to be *ex officio*, whereas some of them have to be proven by the party who made the application for setting aside.

The arbitrability and public policy grounds are taken into account by the court *ex officio* and if the burden of proof is not met on the party seeking the award to be set aside.

Where an award is set aside the parties may re-determine the arbitrators and the time limit for arbitration. In such a case, a new arbitration will start. The parties are also free to appoint the previous arbitrators.

However, there are some grounds for setting aside that hinder the parties from starting a new arbitration. If the award is set aside because the dispute was not arbitrable, the arbitration agreement was invalid, the parties did not have capacity to arbitrate or the award was not made within the time limit, a new arbitration cannot be started and the parties have to go to the relevant court.

If the application for setting aside is rejected, the arbitral award will become enforceable. Upon the final decision rejecting the request for setting aside, the First Instance Court issues a document to the requesting party stating that the award can be executed. This document is not subject to any fee.

2. Revision of the award

Under Turkish law, the only option of recourse against an international arbitral award is to apply to the courts to have the award set aside, but the courts have no authority to review the substance of the award.

IV. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

Regarding the recognition and enforcement of an arbitral award, the Turkish legislator has adopted an approach that differs from that of the Model Law. The provisions of the Model Law concerning the enforcement of foreign awards were not adopted since the New York Convention is in any case applicable under Turkish law. For foreign awards that are not within the scope of the New York Convention (which is very seldom) the Turkish International Private and Procedural Code is

applicable.[38] By incorporating the provisions of the New York Convention, Turkish law abandoned the idea of an autonomous national regime for the enforcement of foreign awards; instead reference was made to the enforcement provisions of the New York Convention.

Foreign arbitral awards can be recognized and enforced in Turkey by the New York Convention, Turkish law is based on the assumption that foreign awards should naturally be enforced in Turkey.[39] The fundamental principle is that foreign awards are enforceable in Turkey unless any ground to reject the enforcement exists. The grounds to reject the enforcement are exhaustive as listed in the New York Convention.

A declaration of enforceability does not depend on the enforceable content of the award in question. When examining whether a foreign arbitral award can be recognized or enforced in Turkey, the Turkish courts only checks whether the required conditions have been met. As decided by the Turkish Supreme Court, a substantive review of the merits under which the arbitral award was made is not allowed,[40] Turkish authorities also confirm that the enforcement court cannot review the substance of the award.[41]

The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards is the main resource for enforcement of foreign awards in Turkey.[42]

---

38 See below.

39 The Draft Law on International Private and Civil Procedure Law and Justice Commission Report (1/5), the Advisory Council S. n.° 100 (Head of Department of Laws and Decisions of the Turkish Republic Prime Ministry, issued 1001-970/06123, dated 22nd October 1981).

40 Y. 19. HD. 09.11.2000 t. 7171/7602.

41 Prof. Sanlı stated that «In Turkish law, the prohibition of reviewing the merits in recognition is unanimously accepted. In Turkish law there is a prohibition of reviewing the merits». Sanli, C. *Uyuşmazlık Çözüm Yolları. Op. cit.*, p. 181. Similarly Prof. Nomer stated that «as well as recognition of the foreign court decisions, the foreign the substantive correctness of the arbitral awards cannot be reviewed. The principle to prohibit 'revision au fond' also applies to enforcement of the arbitral award. The exception of that principle occurs when there is a contradiction to public order in the arbitrator award as well as recognizing and enforcement of foreign court decisions». See: Nomer, p. 422. As regards the scope of reviewing at the stage of enforcement, see Çelikel. *Op. cit.*, pp. 382-383. Dr. Gokyayla stated that enforceability does not mean substantive correctness of a foreign decision: see Demir Gokyayla, C. *Op. cit.*, p. 75.

42 The New York Convention came into force in Turkey on 30th September 1992 (Sources: Law n.° 3731 concerning the approval of the New York Convention, published in the Turkish Official Gazette (dated 25 September 1991 and n.° 21002); article 12 of the Turkish Cabinet decision n.° 91/2151 concerning the New York Convention, published in the Turkish Official Gazette (dated 25 September 1991 and n.° 21002).

Turkey declared that it would apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. The Turkish Supreme Court held that the reciprocity requirement is met when the State where the award was made is also a party to the New York Convention.[43] In practice, this leads to a situation where awards made in any of the Contracting States can be enforced under the New York Convention. If an award was made in a country that is not a signatory of the New York Convention, the Turkish IPPC would govern the enforcement of the award in Turkey with rules almost identical to those of the New York Convention.

Turkey similarly declared that it would apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered commercial under Turkish law.

Article 57 of the Turkish IPPC governs the procedural rules for the enforcement. According to this article, a decision granting or denying recognition and enforcement can only be obtained through proceedings that includes all the parties and every party must have equal opportunity to present its case. Under Article 55 of the Turkish IPPC, a decision granting or denying recognition and enforcement can be obtained only through inter party proceedings. The defendant has to be duly served and notified of the proceedings concerning the enforcement. Oral hearings are organized to declare the enforceability of the award and the first decision granting or denying the recognition and enforcement is subject to appeal.[44]

Usually, an appeal against a first instance court decision being filed does not prevent the execution of the judgment. However, an appeal from a First Instance Court concerning the enforcement of a foreign award is an exception to this rule —the judgment can be enforced only after the decision of the court becomes final—.

[43] Y. 19 HD, E. 6099/7735 K., T. 17 December 1998.-

[44] KURU, B. C. *Op. cit.*, VI, p. 6212.

Ucrania

Olena Perepelynska

Sumario: I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Ucrania.— II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional.— A. Fuentes de derecho interno.— B. Fuentes de Derecho Internacional.— III. La elección de Ucrania como sede.— A. El convenio arbitral.— 1. Validez del convenio arbitral.— 1.1. Validez formal.— 1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad.— 2. Separabilidad del convenio arbitral.— 3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes.— 4. *Kompetenz-Kompetenz*.— B. El procedimiento arbitral.— 1. Ley aplicable al procedimiento arbitral.— 2. Igualdad de partes y derecho de ser oído.— 3. Pruebas.— C. Medidas cautelares.— 1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares.— 2. Ejecución en Ucrania de medidas cautelares.— D. Derecho aplicable al fondo del asunto.— 1. Elección del derecho aplicable por las partes.— 2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes.— 3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía.— E. El laudo.— F. Los recursos contra el laudo.— 1. Recurso en anulación.— 1.1. Motivos de recurso en anulación.— 1.2. Procedimiento.— IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción: una visión histórica y panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Ucrania

Aunque algunas fuentes medievales con origen en el territorio actual de Ucrania hacen mención del arbitraje, la codificación de las normas especiales en este ámbito (en la parte de Ucrania perteneciente al Imperio Ruso)[1] se intensificó sólo en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando habían sido adoptado varios actos legislativos para tipos diferentes de arbitraje, incluso el arbitraje «legitimado» (es decir obligatorio). A su vez en 1831, con el decreto del Emperador fue aprobado el Reglamento sobre Arbitraje en el Imperio Ruso. Éste regulaba tanto el arbitraje basado en acuerdo de las partes, como el arbitraje «legitimado» (pero solo para ciertas categorías de controversias entre o con los accionistas). En 1833 el Reglamento fue incluido en

[1] Un Estado que existía en los años 1721-1917.

el Conjunto de Leyes del Imperio Ruso. Después de la reforma judicial de 1864, las normas sobre el arbitraje fueron incluidas en el Reglamento de Enjuiciamiento Civil del Imperio Ruso.

La historia moderna del arbitraje de Ucrania retrocede a los tiempos soviéticos, cuando Ucrania (en aquel entonces —la República Socialista Soviética de Ucrania— la «*RSSU*») formaba parte de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas[2] (la «*URSS*»).

La primera ley Ucraniana sobre arbitraje fue aprobada en 1922. Después, el 30 de julio de 1924 fue aprobado el Código de Procedimiento Civil de la RSSU, que contenía un capítulo especial sobre las inscripciones y laudos arbitrales. Este imponía restricciones en cuanto a la entrada en vigor de convenios arbitrales, la cual, desde entonces, dependía de la inscripción del convenio, celebrado por las partes en cuanto a su controversia ya surgida, en un registro especial por el juez popular competente. Tano la ley, como el Código regulaban sólo arbitraje *ad-hoc*.

En 1922 dio comienzo el arbitraje institucional en la Unión Soviética, cuando a las lonjas y bolsas de valores se les permitía «crear comisiones especiales con derechos de la corte de arbitraje».[3] Tales comisiones de arbitraje, actuaban como instituciones arbitrales en base a las reglas especiales y al Reglamento aprobado en 1925; y consideraban las controversias en el marco de su competencia, incluso aquéllas con participación de empresas extranjeras.[4]

El l de diciembre de 1929 entró en vigor el nuevo Código de Procedimiento Civil de la RSSU, que casi no contenía provisiones concernientes al arbitraje *ad-hoc*.

En 1930 fue creada la Comisión de Arbitraje Marítimo adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS (la «*MAC*») —la institución arbitral especializada en controversias marítimas comerciales—, incluso con participación de partes extranjeras.

Sin embargo, el acontecimiento más importante para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en la URSS[5] tuvo lugar en 1932, cuando a partir de una

---

2 Existía en los años 1922-1991.

3 LEBEDEV, S.N. *La Cooperación Internacional en el Ámbito del Arbitraje Comercial.* La Cámara del Comercio e Industria, 1980, pp. 4-5.

4 LEBEDEV, S.N. *Op. cit.,* p. 4.

5 KOMAROV, A.S. «Tres Cuartos del Siglo Andando con el Tiempo: al 75.° Aniversario de la CACI». En *Arbitraje Comercial Internacional: los Problemas y Soluciones Modernos: Colección de Artículos al* 75.° *Aniversario de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional adjunta a la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa*. Statut, 2007, pp. 3-25, en p. 4.

Resolución especial[6] fue creada la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS (la «*VTAC*»).

Ambas Comisiones tenían Reglamentos muy parecidos. Los árbitros podían ser nombrados sólo de entre los miembros de la Comisión respectiva. Las listas de tales miembros / árbitros fueron aprobadas anualmente por el Presídium de la Cámara de Comercio de la URSS entre «los representantes de las organizaciones mercantiles, industriales, de transportes y demás, así como entre las personas que posean conocimientos especiales en el campo del comercio exterior».[7] En ambas instituciones, los colegios arbitrales tenían un asistente llamado «*relator*», quien hacía un trabajo preparatorio y auxiliar. Como representantes de las partes, podían actuar ciudadanos de cualquier Estado.

Después de la creación de las comisiones susodichas, fueron claramente divididos los regímenes legales para el arbitraje doméstico y para el arbitraje comercial internacional. Según los cambios introducidos el 4 de diciembre de 1932 en el Código de Procedimiento Civil de la RSSU, «las controversias que surgen de las transacciones en el comercio exterior, cuando las partes acuerdan resolverlas por medio de arbitraje, se considerarán por la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS». En 1936 fue introducida una regla similar en cuanto a la resolución de las controversias marítimas por la Comisión de Arbitraje Marítimo adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS. Además, fue establecido el procedimiento para la ejecución del las medidas cautelares ordenadas por ambas comisiones.

En adelante el monopolio estatal del comercio exterior permitía el funcionamiento a escala estatal de la URSS de sólo esas dos instituciones arbitrales.[8]

Además de crear el marco legal en el derecho nacional, la Unión Soviética creaba condiciones para uso del arbitraje comercial internacional en los instrumentos internacionales.

Por ejemplo, en los tratados económicos celebrados por la URSS en los primeros años de su existencia, en particular, en los tratados sobre movimiento de mercancías con los Estados extranjeros, sobre otorgamiento de concesiones a las empresas extranjeras, fue prevista la posibilidad de utilizar el arbitraje para resolver las divergencias entre

---

6 Resolución del Comité Central Ejecutivo del Consejo de Comisarios del Pueblo de la URSS de 17 de junio de 1932.

7 Komarov, A.S. *Op. cit.*, en p. 7.

8 Pobirchenko, I.G. «Prólogo». En *Arbitraje Comercial Internacional en Ucrania: Legislación y Práctica*. In Jure, 2000, pp. 3-8, en p. 3.

las partes.[9] En varios casos las normas susodichas fueron desarrolladas en tratados especiales en materia de arbitraje, como por ejemplo, el Tratado bilateral sobre Arbitraje celebrado entre la URSS y Suecia el 7 de septiembre de 1940.

Después de la Segunda Guerra Mundial y creación en 1949 del Consejo de Ayuda Mutua Económica[10] se reforzó la colaboración en diferentes ámbitos entre las organizaciones socialistas de los países miembros del Consejo, y como consecuencia, aumentó la cantidad de controversias entre ellas.

En este período, fueron creadas varias instituciones arbitrales en los países de Europa Central y Oriental. Sus reglamentos, como los de la VTAC y MAC fueron unificados en el marco del Consejo de Ayuda Mutua Económica que elaboró el Reglamento modelo arbitral para instituciones arbitrales adjuntas a las cámaras de comercio de los países-miembros del Consejo.[11]

En 1958 la URSS, así como las Repúblicas Socialistas Soviéticas de Ucrania y de Bielorrusia fueron estados firmantes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York (la «*Convención de Nueva York*»), y en 1961 —del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional—, hecho en Ginebra (el «*Convenio de Ginebra*»).

En 1972 el Consejo de Ayuda Mutua Económica aprobó el Convenio sobre Solución mediante Arbitraje de las Controversias de Derecho Civil Derivadas de Relaciones de Cooperación Económica, Científica y Técnica (el «Convenio de Moscú»). Éste establecía la resolución obligatoria (con exclusión de competencia de tribunales estatales nacionales) de las controversias susodichas en determinadas instituciones arbitrales de los países miembros del Consejo.12

El 30 de diciembre de 1975 el organismo especial jurisdiccional en el sistema del poder ejecutivo de la Unión Soviética-Gosarbitrazh adjunto al Consejo de Ministros de la URSS —aprobó el Reglamento de arbitraje para resolución de las controversias comerciales entre las uniones, empresas, organizaciones e instituciones—. Este documento desarrolló las provisiones de art. 6 de los Fundamentos de la Legislación Civil de la Unión y de las Repúblicas de 8 de diciembre de 1961, que establecía la posibilidad de defender los derechos civiles por medio de arbitraje. En cuanto al

---

9 *Ibid.*

10 Organización de cooperación económica formada en torno a la URSS por diversos países socialistas, incluso Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, y posteriormente Albania, República Democrática Alemana, Mongolia, Cuba y Vietnam.

11 KOMAROV, A.S. *Op. cit.*, p. 10.

12 LEBEDEV, S.N. *Op. cit.*, p. 12.

arbitraje domestico entre o con participación de las personas físicas, esta posibilidad fue reglamentada una década antes —en el Reglamento de Arbitraje adjunto al Código de Procedimiento Civil de la RSSU de 18 de julio de 1963—. Ambos Reglamentos regulaban sólo el arbitraje *ad-hoc,* y reconocían el efecto vinculante de los acuerdos arbitrales sobre controversias ya surgidas.

Tal situación existía hasta la descomposición de la URRS en 1991. Al obtener la independencia todas las repúblicas, incluida Ucrania, empezaron a desarrollar su propia legislación en el ámbito de arbitraje, y casi todas crearon sus propias instituciones arbitrales adjuntas a las cámaras de comercio e industria.

II. Las fuentes del arbitraje comercial internacional

A. Fuentes de derecho interno

La legislación ucraniana distingue el arbitraje doméstico e internacional, cada uno de los cuales tiene diferentes fuentes de regulación y régimen legislativo.

El arbitraje comercial internacional en Ucrania está regulado por la Ley de Ucrania del Arbitraje Comercial Internacional (la «*LACI*») de 24 de febrero de 1994, n.° 4002-XII.

La LACI está basada en la Ley Modelo de CNUDMI de 1985 con muy pocas deviaciones, a saber:

- En cuanto a determinación del carácter internacional de las controversias en art. 1 (descrito en más detalles más abajo);
- En establecer que en caso de divergencias los tratados internacionales de Ucrania prevalecerán sobre las reglas respectivas de la legislación ucraniana sobre arbitraje (art. 1 (5) de la LACI);
- En establecer que el Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania (la «*CCIU*») ejercerá funciones de la autoridad nominadora indicadas en art. 11 (3), 11 (4), 13 (3) y 14 de la LACI;
- En establecer que las funciones indicadas en art. 16 (3) y 34 (2) de la LACI las cumplen los tribunales generales de primera instancia en el lugar del arbitraje;
- En establecer que en caso de que el laudo o el acuerdo arbitral esté dictado en idioma extranjero, la parte solicitante de la ejecución deberá someter su

traducción debidamente certificada al ucraniano o al ruso (art. 35 (2) de la LACI);

- En establecer en los Anexos 1-2 a la LACI los Estatutos de la Corte del Arbitraje Comercial Internacional (la «*CACI*») y de la Comisión del Arbitraje Marítimo (la «*CAM*») adjuntas a la CCIU.

El arbitraje doméstico en Ucrania está regulado por la Ley de Ucrania de las Cortes de Arbitraje de 11 de mayo de 2004, n.° 1701-IV (la «*Ley de Arbitraje doméstico*»), que no se aplica al arbitraje comercial internacional, así como a las controversias que impliquen un elemento extranjero.

Procedimiento judicial de la ejecución del laudos arbitrales dictados tanto en Ucrania como en otros países, así como el de la anulación de los laudos arbitrales dictados en Ucrania están regulados por el Código de Procedimiento Civil de Ucrania, de 18 de marzo de 2004, n.° 1618-VI, (el «*Código de Procedimiento Civil*»), y el Código de Procedimiento Comercial de Ucrania de 6 noviembre de 1991, n.° 1798-XII (el «*Código de Procedimiento Comercial*») bajo las condiciones establecidas en la LACI y la Ley de Arbitraje doméstico.

Además, el Código de Procedimiento Comercial contiene algunas normas relativas a la ejecución de los acuerdos arbitrales y cuestiones de arbitrabilidad.

La Ley de Ucrania sobre el Derecho Internacional Privado de 23 de junio de 2005, n.° 2709-IV (la «*LDIP*»), también regula ciertas cuestiones conectadas con arbitraje (ley aplicable, ejecución de los laudos extranjeros, etc.).

B. Fuentes de derecho internacional

Ucrania es parte de la Convención de Nueva York en virtud de la sucesión de la RSSU. Esta Convención fue firmada por la RSSU (separadamente de la Unión Soviética) el 29 de diciembre de 1958, ratificada el 10 de octubre de 1960 y entró en vigor para ella el 8 de enero de 1961. Según las reservas y declaraciones hechas firmando ésta Ucrania aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales dictados en los estados-no miembros sólo en la base de la reciprocidad.

Además, Ucrania es parte del Convenio Europeo de Ginebra, firmado por la RSSU el 21 de abril de 1961, ratificado el 18 de marzo de 1963, que entró en vigor para ella el 7 de enero de 1964. Las funciones confiadas por art. IV del Convenio a los Presidentes de las Cámaras de Comercio las desempeña el Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania. El Convenio se aplica siempre cuando las partes del convenio arbitral que tengan en el momento de celebración de éste su residencia

habitual o su domicilio o sede social en estados contratantes[13] diferentes. Hoy día la aplicación de este instrumento internacional está bastante limitada en Ucrania y concierne sobre todo a arbitrajes *ad-hoc* con sede en Ucrania.

Ucrania es uno de los estados firmantes del Tratado de la Comunidad de Estados Independientes (la «*CEI*») «Sobre Resolución de las Controversias Relativas a la Actividad Comercial», hecho en Kiev, el 20 de marzo de 1992. Éste está abierto a la adhesión sólo por los estados-miembros de la CEI[14] y entró en vigor para Armenia, Azerbaidzhán, Belarús, la Federación Rusa, Kazajstán, Kirguizia, Tadzhikistán, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán.[15]

Ucrania no es parte de los tratados bilaterales relativos al arbitraje comercial. Pero en los tratados bilaterales de asistencia mutua, reconocimiento, protección y cooperación en asuntos civiles hay algunas normas relativas al arbitraje. Como regla, tales provisiones conciernen la ejecución de los laudos arbitrales. Por ejemplo, el art. 25 del Tratado Bilateral de Asistencia Mutua en los Asuntos Civiles entre Ucrania y la República Checa. A veces, tales tratados pueden referir directamente a la aplicación de la Convención de Nueva York, como, por ejemplo, el Tratado Bilateral de Asistencia Mutua en los Asuntos Civiles entre Ucrania y Grecia.

En el ámbito del arbitraje de inversión, Ucrania es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington, el 18 de mayo de 1965 (en vigor para Ucrania desde el 7 de julio de 2000), del Tratado sobre la Carta de Energía, hecho en Lisboa, el 17 de diciembre de 1994 (en vigor para Ucrania desde el 27 de enero de 1999) y de 71 tratados bilaterales sobre promoción y protección mutua de las inversiones (aunque todavía no todos están en vigor).

---

13 Por el momento los Estados contratantes del Convenio de Ginebra son siguientes: Albania, Alemania, Austria, Azerbaidzhán, Belarús, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, la República Checa, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Kazajstán, Latvia, Luxemburgo, ex-República Yugoslava de Macedonia, la República de Moldova, Montenegro, Polonia, Rumanía, la Federación de Rusia, Serbia, Turquía, Ucrania; mientras Finlandia, que fue uno de los estados firmantes del Convenio todavía no lo ha ratificado http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en.

14 La Comunidad de Estados Independientes es una organización regional creada después de la disolución de la URSS y está compuesta por 10 de las 15 ex repúblicas soviéticas, incluso Azerbaiyán, Armenia, Belarús, la Federación de Rusia, Kazajstán, Kirguizia, Moldova, Tadzhikistán, Ucrania y Uzbekistán. En 2005 Turkmenistán declaró que va continuar participando en la CEI como "miembro asociado"

15 http://cis.minsk.by/reestr/ru/index.html#reestr/view/summary?doc=57.

La sucesión legal por Ucrania en cuanto a los tratados internacionales está regulada por la Ley de Ucrania «Sobre la Sucesión de Ucrania» de 12 de septiembre de 1991, n.° 1543-XII, en la cual Ucrania ha confirmado la sucesión legal a todos los tratados de la RSSU y ha confirmado condicionalmente la sucesión a los tratados de la Unión Soviética.

En virtud del artículo 9 de la Constitución de Ucrania de 28 de junio de 1996 todos los tratados internacionales vigentes, cuyo efecto vinculante ha convenido el Parlamento Ucraniano, constituyen parte de la legislación nacional de Ucrania.

Según art. 19 (2) de la Ley de Ucrania Sobre Tratados Internacionales de Ucrania de 29 de junio de 2004, n.° 1906-IV, en caso de divergencias algunas enre las reglas del derecho interno y las de los tratados internacionales en vigor para Ucrania, prevalecerán los últimos.

III. La elección de Ucrania como sede

A. El convenio arbitral

1. Validez del convenio arbitral

1.1. Validez formal

Todos los fuentes principales del arbitraje comercial internacional de Ucrania requieren que el convenio arbitral deberá constar por escrito.

Según art. 7 (2) de la LACI se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritor de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

En virtud de art. II de la Convención de Nueva York, Ucrania reconoce los convenios arbitrales por escrito a los efectos de ésta.

1.2. Validez sustantiva y arbitrabilidad

El art. 7 de la LACI, así como el art. II de la Convención de Nueva York, permiten someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre las partes respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

La legislación Ucraniana no contiene ni una noción de arbitrabilidad, ni una lista completa de las controversias que puedan o no puedan ser resueltas por arbitraje.

La LACI contiene solo provisiones generales en cuanto a las controversias susceptibles de arbitraje internacional (art. 1 (2)):

- Controversias derivadas de las relaciones contractuales u otras relaciones civiles en el curso del comercio exterior y otras formas de las relaciones económicas internacionales, cuando por lo menos una parte tiene su establecimiento en el Estado diferente, y
- Controversias surgidas entre empresas con una inversión extranjera, asociaciones y organizaciones internacionales establecidas en el territorio de Ucrania; controversias entre los participantes de tales entidades; así como las controversias entre tales entidades y otros sujetos de la ley de Ucrania.

Así pues, aunque en cuanto a la arbitrabilidad objetiva la LACI tiene un enfoque bastante estándar y cubre las controversias comerciales internacionales, la situación con la arbitrabilidad subjetiva es diferente. La LACI permite no sólo arbitraje de las controversias que implican las partes extranjeras, sino también las que surgen entre las entidades locales (establecidas en Ucrania), si por lo menos una de ellas tiene en su capital estatutario una inversión extranjera, en el monto no menos de 10% del capital. Eso proviene de las normas de art. 116 del Código Comercial de Ucrania de 16 de enero de 2003, que establece los requerimientos a ser cumplidos para que la entidad obtenga el estatus legal de la «empresa con una inversión extranjera». Además, la LACI permite arbitraje de las controversias que implican a personas físicas, en primer lugar, en el ámbito de relaciones corporativas en cuanto a la empresa con una inversión extranjera, en cuyo capital estatutario tal persona física tiene alguna participación. En otros ámbitos, para ser arbitrables las controversias con personas físicas deben satisfacer los criterios de arbitrabilidad objetiva de la LACI. En este caso, en vez del criterio del lugar de establecimiento se tomará en cuenta la residencia habitual de la persona física correspondiente (art. 1 (3) de la LACI).

En cuanto a las «personas morales de derecho público», art. II (1) del Convenio de Ginebra expresamente les otorga la facultad de concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales. Al firmar y ratificar el Convenio Ucrania no declaró que limita dicha facultad.

Según art. 1 (4) de la LACI ella no afectará a ninguna otra ley de Ucrania en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la LACI.

Hasta los principios de 2011 en la legislación Ucraniana (art. 12 (2) del Código de Procedimiento Comercial de Ucrania) había una norma que expresamente prohibía someter al arbitraje, tanto doméstico, como internacional, las siguientes categorías de controversias:

- Controversias sobre invalidación de los actos normativos,
- Controversias surgidas de celebración, modificación, terminación y ejecución de los contratos públicos,
- Controversias surgidas de las relaciones corporativas entre la compañía y sus participantes (fundadores, accionistas), incluso sus ex-participantes, relacionadas con el establecimiento, actividad, administración y terminación de la compañía.

La última restricción, introducida a este artículo en marzo de 2009, provocó el debate sobre la arbitrabilidad de las controversias corporativas en Ucrania,[16] complicado por la las Recomendaciones sobre el tema emitidas por el Tribunal Superior Comercial de Ucrania el 28 de diciembre de 2007 y la Resolución del Tribunal Supremo de Ucrania el 24 de octubre de 2008. El 18 de junio de 2009 el Tribunal Superior Comercial de Ucrania aprobó los cambios a las Recomendaciones, clarificando los límites de aplicación de esta restricción a las controversias relacionadas con la actividad de compañías establecidas en Ucrania y en particular a su administración corporativa, y expresamente confirmando que las controversias relacionadas con la circulación de las acciones (salvo las que conciernen la realización de derechos preferentes de adquisición de acciones) no se considerarán pertenecientes a las categorías susodichas, y por lo tanto siguen siendo arbitrables.

En febrero de 2011 tuvo lugar la reforma de la legislación procesal Ucraniana en el ámbito del arbitraje doméstico e internacional, que afectó la norma susodicha del Código de Procedimiento Comercial de Ucrania. En la versión actual, no está

[16] Chernykh, Y. «Arbitrability of Corporate Disputes in Ukraine». En *Journal of International Arbitration*, 2009, n.° 26, pp. 745-749; Perepelynska, O. *Arbitrability of Commercial Disputes in Ukraine*. Spain Arbitration Review, 2010, n.° 9, pp. 63-66, en p. 65.

suficientemente claro, si ya no concierne al arbitraje internacional y prohíbe someter las controversias enlistadas más arriba solamente al arbitraje doméstico, o a pesar de ciertas imperfecciones del texto se aplicará, como antes, a ambos.

2. Separabilidad del convenio arbitral

El principio de separabilidad del convenio arbitral está fijado en art. 16 de la LACI: a efecto de decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrabará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

3. Extensión del convenio arbitral a terceras partes

La LACI no contiene normas al respecto. Pero basándose en la interpretación integral de otras normas suyas sobre el convenio arbitral, es posible llegar a la conclusión que no es posible extender el convenio arbitra a terceras partes. Es también importante señalar que el derecho privado ucraniano permite la atribución de la responsabilidad de una persona a otra y la extensión del acuerdo a terceras partes en casos muy limitados que no conciernen al arbitraje.

4. *Kompetenz-Kompetenz*

En virtud de art. 16 de la LACI el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones susodichas como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguiente al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal general de primera instancia en el lugar del arbitraje que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal

arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo. En la legislación procesal de Ucrania todavía no hay un procedimiento especial para tal categoría de los casos.

El Convenio de Ginebra en art. V (3) también confiere al tribunal arbitral las facultades respectivas: el tribunal de arbitraje cuya competencia fue impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso.

B. El procedimiento arbitral

1. Ley aplicable al procedimiento arbitral

En virtud de art. 1 (2) de la LACI sus disposiciones se aplicarán si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de Ucrania, salvo los casos en que el tratado internacional de Ucrania establezca disposiciones distintas (art. 1 (5) de la LACI).

Con sujeción a las disposiciones de la LACI, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones (art. 19 (1) de la LACI). Art. IV (1) (iii) del Convenio de Ginebra contiene una regla similar.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la LACI, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas (art. 19 (2) de la LACI).

2. Igualdad de partes y derecho de ser oído

El art. 18 de la LACI fija el principio fundamental del trato equitativo de las partes, obligando tratar a las partes con igualdad y dar cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. La falta de respeto de ese principio de la denegación de su ejecución en el territorio de Ucrania (art. 36 (1) (1) (2)) de la LACI).

3. Pruebas

Los árbitros están facultados de determinar libremente la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. El sistema establecido por la LACI es bastante adversario. Testigos, peritos, documentos e inspecciones de sitio/producción, examen de mercancías u otros bienes y documentos son admisibles como pruebas. Las partes

terceras, así como los representantes de las partes pueden testificar. Pero la LACI no contiene provisión alguna en cuanto a examen de los testigos. Tanto las partes, como el tribunal arbitral pueden nombrar peritos. En práctica la fuente preferente de las pruebas para los árbitros ucranianos son los documentos, y los árbitros normalmente siguen el enfoque del derecho civil en cuanto a examen de las pruebas.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Ucrania para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba (art. 27 de la LACI). Pero en la legislación procesal de Ucrania todavía no hay procedimiento para realización de las normas de la LACI en cuanto a la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.

C. Medidas cautelares

1. Jurisdicción competente para dictar medidas cautelares

El art. 9 de la LACI establece posibilidad para las partes de solicitar de un tribunal competente la adopción de medidas cautelares provisionales, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso.

El art. 17 de la LACI faculta al tribunal arbitral de ordenar, a petición de una parte, a cualquiera de la partes que adopte medidas provisionales cautelares, que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

Según los Anexos 1-2 a la LACI —los Estatutos de la CACI y la CAM— antes de la constitución del colegio arbitral el Presidente de la CACI/CAM, a petición de cualquier parte, está facultado para establecer la forma y el monto de las medidas cautelares. Las facultades del Presidente de la CAM expresamente incluyen imposición del arresto del barco o del cargo que esté en el puerto ucraniano.

2. Ejecución en Ucrania de medidas cautelares

En la legislación procesal de Ucrania todavía faltan las reglas procesales en cuanto a las medidas cautelares en apoyo al arbitraje. Por lo tanto la realización de la posibilidad establecida en art. 9 de la LACI, así como la ejecución de órdenes de los tribunales arbitrales (art. 17 de la LACI), o del Presidente de la CACI a través del tribunal estatal en práctica es bastante problemática. La única excepción concierne las decisiones del

Presidente de la CAM sobre imposición del arresto del barco en un puerto ucraniano que pueden ser ejecutadas en conformidad con art. 41 del Código de Navegación Mercantil de Ucrania de 23 de mayo de 1995.

En cuanto a las medidas cautelares ordenadas por tribunales estatales o tribunales arbitrales extranjeros, la legislación ucraniana no prevé un procedimiento especial. Al mismo tiempo, el Código de Procedimiento Civil de Ucrania contiene un capítulo (VIII) que rige el procedimiento para los casos sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de los tribunales extranjeros (incluyendo tribunales estatales, otros organismos de los estados extranjeros plenipotenciarios para resolver las controversias civiles y comerciales, así como tribunales arbitrales). La ejecución se otorga en virtud del tratado internacional aplicable, o en la base a la reciprocidad. Lo importante, es que desde 2010 el Código de Procedimiento Civil claramente establece la presunción de existencia de tal reciprocidad. Y aunque no hay restricciones formales para aplicar las reglas de este capítulo a los órdenes de tribunales arbitrales extranjeros o los tribunales extranjeros sobre medidas cautelares en apoyo al arbitraje, todavía no ha habido casos publicados en los cuales surgiera la cuestión de tal aplicación. Pero, rigiéndose por las mismas reglas en 2012 el tribunal Ucraniano de primera instancia reconoció el órden del tribunal inglés sobre medidas cautelares («*freezing order*») aprobado en el marco del litigio. Por falta de la notificación propia de las partes esta decisión fue anulada por el tribunal de segunda instancia, el cual remitió el caso para una consideración nueva al tribunal de primera instancia.

D. Derecho aplicable al fondo del asunto

1. Elección del derecho aplicable por las partes

El art. VII del Convenio de Ginebra establece que las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia.

El tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes (art. 28 de la LACI).

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

2. Determinación del derecho aplicable por el tribunal arbitral a falta de elección por las partes

Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (art. 28 (2) de la LACI). El Convenio de Ginebra (art. VII) contiene una norma similar.

En el derecho ucraniano la mayoría de las normas del conflicto está codificada en la LDIP. Los tratados bilaterales de asistencia mutua, reconocimiento, protección y cooperación en asuntos civiles muy a menudo contienen normas del conflicto.

Según la regla general de la LDIP, a falta de elección del derecho aplicable al contracto por las partes, lo mismo será el que tiene conexión más estrecha con éste (art. 32 (2) de la LDIP). Se presumirá que el contrato tendrá conexión más estrecha con el estado en el cual la parte que deba realizar la prestación decisiva para el fondo del contrato tenga su residencia o establecimiento, salvo que lo contrario no derive del fondo del contrato o conjunto de circunstancias del caso (art. 32 (3) de la LDIP).

3. Límite a la libertad de las partes y de los árbitros: las leyes de policía

Una de las precondiciones para realizar la autonomía de la voluntad es la existencia del «elemento extranjero» en las relaciones correspondientes (art. 5 (6) de la LDIP). El cual podrá tener una o más formas siguientes: (i) por lo menos una de las partes de la relación es ciudadano de otro estado, persona jurídica extranjera, apátrida, o ciudadano de Ucrania que reside en otro Estado; (ii) el objeto de las relaciones legales está situado en el territorio de otro estado; (iii) el hecho jurídico, que cree, modifique o termine las relaciones legales tuviera o tenga lugar en el territorio de otro estado (art. 1(1) (2) de la LDIP).

La evasión de la ley está expresamente prohibida en art. 10 de la LDIP, y la violación de este requerimiento resulta en nulidad del acuerdo respectivo y aplicación del derecho aplicable en virtud de las reglas de la LDIP.

La norma del derecho extranjero no se aplicará si su aplicación trae consecuencias incompatibles con los fundamentos del régimen legal (orden público) de Ucrania. En tales situaciones se aplicará el derecho que tenga la conexión mas estrecha con las relaciones, y en caso de ser imposible la determinación de éste, se aplicará el derecho de Ucrania.

E. El laudo

Salvo pacto lo contrario, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará por mayoría de votos de todos los miembros. El árbitro presidente podrá decidir sólo cuestiones de procedimiento.

El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes que hayan llegado a una transacción.

Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros.

En casos previstos por la LACI el tribunal arbitral podrá corregir o interpretar su laudo o dictar el laudo adicional.

F. Los recursos contra el laudo

1. Recurso en anulación

1.1. Motivos de recurso en anulación

El recurso en anulación es un recurso excepcional en cuanto al laudo arbitral dictado según la LACI en Ucrania. Los motivos de tal recurso (art. 34 de la LACI) son los mismos que los de la Ley Modelo, a saber:

(i) Si la parte que interpone la petición pruebe:

- Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 de la LACI estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este estado; o
- Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

- Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular esas últimas; o
- Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la LACI de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la LACI; o

(ii) El tribunal compruebe:

- Que, según la ley de Ucrania, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- Que el laudo es contrario al orden público de Ucrania.

1.2. Procedimiento

De acuerdo con art. 34 de la LACI la petición de nulidad podrá formularse dentro de tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo. Según art. 6 de la LACI desde 2005 los tribunales competentes para considerar tales peticiones son los tribunales generales de primera instancia en el lugar de arbitraje, aunque antes (1994-2005) estas funciones estaban delegadas por la LACI a los tribunales de segunda instancia.

Durante las décadas en la legislación Ucraniana no había un procedimiento para esta categoría de casos. Pero, en la práctica eso no impedía realizar tal recurso. Había una Resolución del Tribunal Supremo de Ucrania de 24 de diciembre de 1999, n.º 12, «Sobre la Práctica de Consideración por los Tribunales de las Peticiones del Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias de los Tribunales Extranjeros y Tribunales Arbitrales así como sobre la Anulación de los Laudos Dictados según las Reglas de Arbitraje Comercial Internacional en el Territorio de Ucrania» (la «Resolución n.º 12») y varias cartas explicativas del Ministerio de Justicia de Ucrania, que servían como guía para los tribunales ante los cuales se invocaban tales peticiones. De hecho hasta 2011 los tribunales no tenían otro remedio que aplicar la analogía del proceso (con el procedimiento del reconocimiento y la ejecución de los laudos o sentencias extranjeros).

A principios de 2011 tuvo lugar la reforma de la legislación procesal de Ucrania en el ámbito del arbitraje doméstico e internacional. En el Código de Procedimiento Civil de Ucrania fue introducido un capítulo especial sobre anulación de los laudos

dictados en conformidad de la Ley de Arbitraje Doméstico. Las reglas de este capítulo se aplicará parcialmente a los laudos dictados en conformidad de la LACI, pero en condiciones establecidas en la LACI y los tratados internacionales aplicables de Ucrania.

La parte que pida la anulación debe presentar, junto con la petición, el original o copia debidamente certificada del laudo y convenio arbitral, documentos que prueben las causas de anulación y pagar las costas. El monto de las últimas no está fijado en la legislación de Ucrania. Pero según la Resolución n.° 12 la parte que pida la anulación debe pagar 50% de las costas imputables al presentar la demanda. No está definitivamente claro si eso concierne la demanda actualmente presentada ante el arbitraje respectivo, o a la demanda hipotética presentada ante el tribunal estatal. La Ley de Ucrania «Sobre las Costas» de 8 de julio de 2011, n.° 3674-VI, en vigor desde el 1 de noviembre de 2011, establece una tarifa para anulación de los laudos dictados según la Ley de Arbitraje Doméstico, que, por falta de norma relevante del arbitraje internacional, probablemente podría ser extendido a la anulación de los laudos dictados según la LACI.

El tribunal que considera la petición está facultado a llamar el caso del tribunal arbitral.

La petición de anulación se considerará por un juez durante un mes en una audiencia, a la cual se notifican las partes. El tribunal verifica si existen causas para anulación y toma una decisión al respecto. Ésta está sujeta a dos instancias de apelación.

IV. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Los laudos arbitrales extranjeros se reconocen y ejecutan en el territorio de Ucrania en las condiciones establecidas en la Convención de Nueva York (replicadas en los art. 35-36 de la LACI), según el procedimiento establecido por el Capítulo VIII del Código de Procedimiento Civil. Y aunque desde la entrada en vigor del Código y hasta principios de 2010 este Capítulo formalmente concernía sólo el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de los tribunales extranjeros, en la práctica sus reglas se aplicaban por analogía al reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros. Según los cambios introducidos en 2010 el término «sentencia de tribunal extranjero» a efectos de este Capítulo incluye también las decisiones de otros organismos de los estados extranjeros plenipotenciarios de resolver las controversias civiles y comerciales, así como los laudos de tribunales arbitrales extranjeros e internacionales. En 2011

la aplicación de este capítulo fue claramente extendida a la ejecución de los laudos dictados en Ucrania según la LACI.

En algunos casos, los procedimientos del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros están sujetos a la aplicación también del Convenio de Ginebra. Según su art. IX (2) en las relaciones entre aquellos estados contratantes que sean al mismo tiempo partes en la Convención de Nueva York, las reglas del Convenio de Ginebra sobre denegación al reconocimiento o ejecución de laudos anulados en otro estado, prevalecen sobre las reglas del art. V (1) (e) de la Convención de Nueva York. Así, es posible, por ejemplo ejecutar el laudo anulado por ser contrario al orden público del lugar de arbitraje o por razones de no-arbitrabilidad del objeto de la controversia según la ley del lugar de arbitraje.

La práctica de los tribunales sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros está generalizada en la Resolución n.° 12 del Tribunal Supremo de Ucrania. A pesar de que ésta no fue adaptada a los cambios en la legislación Ucraniana introducidos en última década, esta Resolución todavía constituye un guía importante para los tribunales y es el único documento que contiene una definición del orden público (como causa para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo). Según la Resolución n.° 12 el orden público de Ucrania deberá entenderse como el orden legal del Estado, fundamentos y principios determinadores, los cuales constituyen la base del régimen existente estatal (conciernen su independencia, integridad, autonomía e inviolabilidad, los derechos, libertades, garantías fundamentales constitucionales, etc.).

La petición sobre el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral debe ser sometida al tribunal general de primera instancia en el lugar del domicilio/sede del deudor durante los tres años siguientes al recibo del laudo. El reconocimiento y la ejecución del laudo podrá ser denegado sólo por causa establecida en la Convención de Nueva York.

La parte que pida el reconocimiento y la ejecución debe presentar el original o copia debidamente certificada tanto del laudo, así como del acuerdo arbitral, junto con su traducción al ucraniano o al ruso si están escritos en otros idiomas. Las costas a pagar por el solicitante son insignificantes.

La copia de la solicitud se envía al deudor con la sugerencia de presentar sus objeciones, comentarios, etc.

El juez fija la fecha audiencia, donde las partes pueden presentar sus argumentos. Al considerar el caso, el juez emite la Resolución sobre el fondo de la petición. Tal resolución está sujeta a dos instancias de apelación.

Después de la entrada en vigor de la Resolución que permite la ejecución del laudo, el acreedor puede obtener en el mismo tribunal general el documento ejecutivo.

Desde el 19 de octubre de 2011 el Código de Procedimiento Civil de Ucrania permite al acreedor solicitar del tribunal, al que se pide el reconocimiento y ejecución, la adopción de las medidas cautelares.

V. Reflexiones finales

Ucrania tiene una tradición bastante larga en el ámbito de arbitraje. Su legislación arbitral actual es conforme con los estándares internacionales, implementando la Ley Modelo de CNUDMI de 1985 y los tratados internacional más importantes sobre arbitraje.

Y aunque en la legislación procesal ucraniana en apoyo de arbitraje había y todavía hay ciertas lagunas, muchas de ellas han sido colmadas por los tribunales que aplicaban la analogía del proceso así como por los cambios introducidos en el curso de dos reformas en 2010 y 2011 en el Código de Procedimiento Civil de Ucrania. La cuestión de las medidas provisionales cautelares todavía sigue estando abierta y las mejoras respecto a la legislación procesal son muy esperadas y urgentes.

Arbitraje Comercial
internacional en Europa
se terminó de imprimir en el mes de
febrero del 2013, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú