Enciclopedia del Arbitraje
Segunda Parte

Volumen 48 *Biblioteca de Arbitraje del*
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Enciclopedia del Arbitraje

Segunda Parte

Director:
Jorge Luis Collantes González

Coordinadores académicos:
Domitille Baizeau (LALIVE, Ginebra)
Anne-Carole Cremades (Schellenberg Wittmer, Ginebra)
Marco de Benito Llopis-Llombart (IE Law School, Madrid)
Bárbara de la Vega Justribó (Universidad Carlos III de Madrid)
Jaime Gallego (LALIVE, Ginebra)
Jorge Mas Taladriz (Madrid)

Coordinación general y asistencia:
Anna Arnalte
Vanessa Ghahremani Thomsen

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
BIBLIOTECA DE ARBITRAJE 2006-2016 DÉCIMO ANIVERSARIO
Universidad Católica San Pablo

Estudio Mario Castillo Freyre

Enciclopedia del Arbitraje
Segunda Parte

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, junio 2018
Tiraje: 500 ejemplares
Fecha de publicación: junio 2018

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 2017-16941

ISBN: 978-612-47449-6-9
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Página

F

Falta de recursos económicos (*impecuniousity*) 23
1. Los elementos del debate
   1.1. A favor de la fuerza obligatoria del convenio arbitral
   1.2. A favor del libre acceso a la justicia
2. Las respuestas en Derecho comparado
3. Las posibles soluciones

Favor arbitris 27

Financiación de litigios 29
1. Concepto
2. Modalidades de financiación
3. Proceso de financiación
4. Defensas

Fiscalidad (ver «Arbitraje tributario») 32

Flexibilidad de la prueba (en el arbitraje internacional) 32
1. Introducción
2. Confluencia de tradiciones jurídicas
3. El rol de las partes, abogados y árbitros
4. La importancia de las Reglas IBA
5. Comentarios finales

Foro de necesidad 35
1. Introducción
2. Foro de necesidad y justicia arbitral en Derecho francés
   2.1. La sentencia Nioc c/ Estado de Israel
   2.2. El art. 1505.4 del Código Procesal Civil francés

Forum non conveniens 36

Forum shopping 38
1. Introducción y concepto general
   1.1. Formas de *forum shopping* en los procedimientos civiles
   1.2. Motivaciones para el *forum shopping* en los procedimientos civiles
   1.3. Límites al *forum shopping* en los procedimientos civiles
   1.4. *Forum shopping* y arbitraje internacional

1.5. *Forum shopping* dentro del arbitraje
1.6. *Forum shopping* de sede arbitral y de reglas arbitrales
1.7. *Forum shopping* de ley sustantiva
1.8. *Forum shopping* para la ejecución y anulación
1.9. Motivaciones para llevar a cabo un *forum shopping* en el arbitraje
1.10. Límites al *forum shopping* en el arbitraje
2. Conclusión

Fuentes del Derecho arbitral 45
1. Fuentes del Derecho internacional
1.1. Fuentes de Derecho internacional convencional
1.2. Fuentes de Derecho internacional convencional de ámbito regional
1.3. Fuentes de Derecho internacional bilateral
1.4. Fuentes de Derecho internacional bilateral
2. Fuentes de Derecho interno
3. La voluntad de las partes
4. Los reglamentos de las cortes de arbitraje

G

Globalización 47

H

Heterocomposición 48

I

Idioma del procedimiento 50

Igualdad de las partes 51
1. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales
2. De los principios del proceso arbitral
3. De los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes
4. Del principio de igualdad de partes
5. De la vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad

Imparcialidad del árbitro 55
1. El concepto de imparcialidad
2. La imparcialidad de los jueces
3. Imparcialidad de los árbitros

Impugnación del laudo arbitral 56
1. Carácter de recurso y no de acción
2. Carácter de acción y no de recurso
3. Cuestiones terminológicas aparte
4. Incongruencia omisiva

Inactividad de las partes (*Defaulting parties*) 58
1. Concepto general y regulación
2. Algunos supuestos de inactividad o incomparecencia de las partes

Inarbitrabilidad de la controversia (ver «Arbitrabilidad») 60

Incongruencia del laudo

Incoterms 63
1. Introducción y definición
2. Aspectos esenciales
3. Las Once (11) Reglas *Incoterms*
   - 3.1. Incoterms multimodales
     - 3.1.1. EXW («Ex-Works» o franco fábrica)
     - 3.1.2. FCA («Free Carrier» o franco transportista)
     - 3.1.3. CPT («Carriage Paid To» o transporte pagado hasta…)
     - 3.1.4. CIP («Carriage and Insurance Paid To» o transporte y seguro pagado hasta…)
     - 3.1.5. DAT («Delivered At Terminal» o entregado en terminal)
     - 3.1.6. DAP («Delivered At Place» o entregado en lugar)
     - 3.1.7. DDP («Delivered Duty Paid» o entregado derechos pagados)
   - 3.2. *Incoterms* marítimos o por vías navegables
     - 3.2.1. FAS («Free Alongside Ship» o franco al costado del buque)
     - 3.2.2. FOB («Free On Board» o franco a bordo)
     - 3.2.3. CFR («Cost and Freight» o coste y flete)
     - 3.2.4. CIF («Cost, Insurance and Freight» o coste, seguro y flete)
4. *Incoterms* y arbitraje

Indagación razonable 66

Indefensión (ver «Orden público») 68

Independencia del árbitro

Ineficacia del convenio arbitral

Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados 70

Informe *Kees van Raad* 71
1. Establecimiento de un cuerpo supranacional
   - 1.1. Naturaleza del órgano
   - 1.2. Legitimación
   - 1.3. Miembros del panel de expertos
   - 1.4. Publicación
   - 1.5. Financiación

Informe *Lindencrona* y *Mattsson* 74
1. Naturaleza del arbitraje
2. Requisitos objetivos

3. Requisitos subjetivos
4. Requisitos procedimentales
5. Financiación
6. Resultados

Inicio del arbitraje (ver «Comienzo del arbitraje») 75

Inmunidad del Estado

Interrogatorio de testigos (ver «examen de testigos») 79

Inversión

Inversor extranjero 81

Iura novit curia 82

Iure gestionis 83

***Ius imperii* (ver «Inmunidad del Estado»)** 84

Ius variandi

J

Juez de apoyo 85
1. Introducción
2. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional del 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo de la Cnudmi»)
3. Derecho comparado
   3.1. España
   3.2. Estados Unidos
   3.3. Francia
   3.4. Inglaterra
   3.5. Suiza

Juntas Arbitrales de Consumo 89

Juntas Arbitrales de Transporte Terrestre 92
1. Antecedentes
2. Regulación
3. Funciones
4. Organización territorial
5. Composición
6. Competencia
   6.1. Sumisión al arbitraje. Régimen especial
   6.2. Competencia material
   6.3. Competencia territorial
7. Procedimiento

Jurisdicción y competencia arbitral 96

Jurisprudencia arbitral 98

Jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales 100
1. Introducción y presupuestos de existencia de una jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales
2. El valor de la jurisprudencia arbitral para los tribunales arbitrales de inversiones internacionales
3. Condiciones en las que los tribunales arbitrales citan precedentes arbitrales

Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones) 104
1. Indemnización «pronta, adecuada y efectiva» e indemnización «justa»
2. El justiprecio en los Tratados de Inversión Extranjera
3. Métodos para la determinación del justiprecio
4. Fecha para la determinación del justiprecio. Momento y forma de pago. Interés. Ilegalidad de la expropiación

K

***Kompetenz-kompetenz* (Principio de) (ver «Competencia sobre la competencia»)** 106

L

Latinoamérica como sede arbitral 106

Laudo 107
1. Nociones introductorias
2. Tipología de laudos

Laudo conciliatorio 108

Laudo inhibitorio 111

Laudo parcial 112

Laudos arbitrales en el Mercosur 114

Lex contractus 116
1. Introducción y noción general
   1.1. Internacionalidad del contrato
   1.2. Determinación de la ley aplicable al contrato
   1.3. Nuevos desafíos planteados por algunos contratos especiales
2. *Lex conctractus* y arbitraje internacional
3. ¿Qué opciones tienen las partes a la hora de elegir la *lex contractus* aplicable a su contrato?
   3.1. Conjuntos normativos no estatales: *soft law*

3.2. La *lex mercatoria*
3.3. ¿Qué tan usadas son las alternativas del *soft law* y de la *lex mercatoria*?
4. Conclusiones

Lex fori 121
1. Introducción y concepto general
2. *Lex fori* y su influencia en el arbitraje internacional
2.1. El rol de las normas de orden público en DIPr
2.2. El rol de las normas sobre arbitrabilidad
2.3. La diferencia entre las normas de orden público en DIPr y las normas sobre arbitrabilidad
3. Influencia de la *lex fori* en el arbitraje internacional
3.1. Influencia de *lex fori* al inicio del proceso arbitral
3.2. Influencia de la *lex fori* durante el proceso arbitral
3.3. *Lex fori* y conclusión del proceso
3.3.1. Recurso de anulación
3.3.2. Reconocimiento y ejecución de laudos
4. Reflexiones finales

Lex mercatoria 125

Ley aplicable al arbitraje 126

Ley aplicable al convenio arbitral (ver «Autonomía de la cláusula arbitral») 128

Ley más favorable en la ejecución de laudo (ver «Ejecución de laudo»)

Ley Modelo Uncitral

Leyes de policía 130
1. Definición de las leyes de policía
2. Identificación de las leyes de policía
3. Comparación con las normas de orden público internacional
4. Aplicación de las leyes de policía

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil 134

Lista de árbitros 136

Litigios societarios 137

Litisconsorcio 138
1. Definición. Pluralidad de partes en un proceso arbitral
2. Clases de litisconsorcio: activo y pasivo
2.1. Litisconsorcio voluntario y litisconsorcio necesario
2.2. Litisconsorcio activo necesario y litisconsorcio pasivo necesario
2.2.1. Litisconsorcio pasivo necesario
2.2.2. El litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento arbitral

***Litisdependencia* arbitral** 141

***London Court of International Arbitration* (LCIA)** 142

Lucro cesante (en general) 143

Lump-sum agreements 145
1. Concepto y características
2. Orígenes y desarrollo
3. Especial atención a la práctica convencional española
4. Relación de los *lump-sum agreements* con el modelo actual de protección de inversiones exteriores y los estándares de reparación del Derecho internacional general

M

Mala fe (ver «Buena fe») 150

Mediación

Medida antiproceso (*Anti-suit injunction*) 154
1. Definición
2. Origen
3. Naturaleza de las medidas antiproceso; requisitos
4. Las medidas antiproceso en nuestro entorno jurídico
5. Conclusión

Medidas cautelares 159

Medidas compensatorias en el Mercosur 164

Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones 166

Mercado a término de Buenos Aires (ver «Arbitraje en el Mercado a término de Buenos Aires (MATba)»). 168

***Mini trial* (ver «perqueño juicio»)**

Modelo de Moynier

Modelo IISD 169

Monismo (ver «sistema monista *versus* sistema dualista») 170

Moot 170
1. Introducción
2. *Moot* Madrid

N

Nacionalidad 173

Nacionalización 175
1. Concepto e introducción general
2. Normativa aplicable

Negociación 177
1. Concepto
2. Diferencias entre negociación, mediación y arbitraje
3. El método de negociación

Neutralidad del árbitro 179
1. Relación entre la independencia y la imparcialidad
2. Apariencia de parcialidad

Notificaciones y comunicaciones 181
1. Trascendencia de la cuestión
2. El paradigma de la Ley Modelo Uncitral
3. Prevalencia de la voluntad de las partes
4. Notificaciones y comunicaciones durante el procedimiento
   4.1. Lugar para la práctica de la notificación o comunicación
   4.2. La «indagación razonable»
   4.3. Forma de practicar las comunicaciones
5. La notificación del laudo

O

Objeto del procedimiento arbitral (objeto de la controversia *inter partes* respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral) 185
1. Concepto e introducción general
2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado
3. Comentarios y conclusiones

Oferta de compensación 186

Oferta del consentimiento estatal al arbitraje 188

Opción irrevocable (ver «Cláusula de opción irrevocable») 191

Opinión disidente
1. Precisiones conceptuales
2. La tipología de la opinión disidente
   2.1. El origen de la opinión disidente
   2.2. El contenido de la opinión disidente
   2.3. La forma de la opinión disidente
      2.3.1. La simple mención de disidencia

2.3.2. La disidencia expuesta en detalle en el mismo cuerpo del laudo arbitral mayoritario
2.3.3. La disidencia expresada por medio de la elaboración de un documento aparte
3. A modo de conclusión

Orden jurídico arbitral 194
1. Introducción y presupuestos de un orden jurídico arbitral
2. Distintas teorías sobre el orden jurídico arbitral
3. La negación del orden jurídico arbitral

Orden procesal 197

Orden público nacional 198

Orden público transfronterizo o transnacional 200
1. La hipótesis del orden público transfronterizo
2. El contenido del orden público transfronterizo
3. La función del orden público transfronterizo

Órdenes preliminares 202

Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la) 206
1. Introducción
2. Características
3. Órganos
4. Clases de arbitraje en el marco de la OMC

Órganos judiciales en el arbitraje español 208
1. Introducción
2. Competencias de los Juzgados de Primera Instancia
   2.1. Asistencia en la práctica de pruebas
   2.2. Medidas cautelares
   2.3. Ejecución del laudo
   2.4. Examen de la validez del convenio
3. Competencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas
   3.1. Nombramiento y remoción de los árbitros
   3.2. Nombramiento y remoción de los árbitros
   3.3. Reconocimiento del laudo o resoluciones arbitrales extranjeros
4. Competencias del Tribunal Supremo
5. Conclusiones

P

***Pacta sunt servanda* (principio de)** 214

Pequeño juicio 215

Perito (ver «Careo de peritos») 217

Plazo

Prejudicialidad 218

Principio de mitigación del daño 219

Principio de no incurrir en contradicción con los actos propios 221
1. Concepto
2. Elementos esenciales para su aplicación
3. Aplicación práctica del principio en el arbitraje internacional
4. Conclusión

Principios de Derecho europeo de los contratos 227
1. Significado
2. Elaboración y contenido
3. Fuentes
4. Marco histórico y papel de los PECL en el proceso de armonización del Derecho privado europeo
5. Estructura
6. Fines

Principios del Derecho Internacional 232

Principios generales del arbitraje 233
1. Concepto y fundamento
2. Naturaleza jurídica
3. Principios del proceso arbitral
   3.1. Principios aplicables al arbitraje en general
   3.2. Principios aplicables al árbitro, en particular
4. Naturaleza híbrida y evolutiva del arbitraje, en particular, en su vertiente internacional

Principios generales del Derecho 236

Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales 236

Procedimiento arbitral 238

Protección diplomática 239

Protocolización del laudo arbitral 241
1. Concepto
2. Regulación
3. El requisito de protocolización en el arbitraje comercial internacional

Provisión de fondos 242

Prueba 243
1. La prueba en el procedimiento arbitral
2. Cooperación entre autoridades judiciales y arbitrales en el ámbito de la prueba

Q

Quiebra (efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «Arbitraje concursal interno»; «Arbitraje concursal internacional»; «Reglamento del Consejo n.º 1346/2000») 244

R

Rebeldía 244

Rebeldía por conveniencia 245

***Rebus sic stantibus* (Cláusula o principio de)** 246

Reclamaciones de naturaleza contractual (ver «*Contract Claims vs. Treaty Claims*») 249

Reconocimiento de laudo extranjero (ver «Exequátur»)

Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi

Reconvención 250
1. Noción
2. Requisitos
3. Régimen jurídico
4. Efectos procesales de la presentación de una demanda reconvencional
5. La especificidad del arbitraje de inversión Ciadi
   5.1. Competencia: Consentimiento a la introducción de demandas reconvencionales
   5.2. Admisibilidad: conexión objetiva entre demanda y reconvención

Recursos internos (Agotamiento de) 255

Recursos contra el laudo arbitral Ciadi 259

Recusación del árbitro 260
1. Motivos de recusación
2. El procedimiento de recusación
3. Plazo para recusar

Reenvío 262

Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)

Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia 263

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento 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 265
1. Cuestiones generales
2. Principales modificaciones del RBI *bis*

3. El RBI *bis* y el arbitraje
4. Conclusiones

Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (ver: Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento 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) 271

Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi-Uncitral

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional 275
1. Una administración sencilla pero eficiente
2. Acumulación de procedimientos arbitrales e incorporación de partes adicionales
3. Independencia, imparcialidad y recusación de los árbitros
4. Derecho aplicable
5. Procedimiento arbitral
6. Medidas provisionales
7. Laudo arbitral
8. Confidencialidad
9. Procedimiento abreviado
10. Procedimiento de emergencia
11. Las costas del arbitraje
12. Exoneración de responsabilidad
13. Conclusión

Reglamentos y Reglas del Ciadi 279

Reglas de Rotterdam 280
1. Introducción a las Reglas de Rotterdam
2. Ámbito de aplicación de las Reglas de Rotterdam
3. Elementos formales del contrato de transporte
4. Arbitraje

Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral 282
1. Concepto general
2. La «renuncia tácita» a las facultades de impugnación del laudo arbitral
3. El convenio de renuncia a la impugnación del laudo arbitral

Réplica 285
1. Concepto
2. Comparativa: regulación de la réplica en diversos reglamentos arbitrales
3. Momento procesal de aportación del escrito de réplica: trámites simultáneos vs. sucesivos
4. El papel de la réplica en función del tipo del procedimiento arbitral
5. El caso Margulead Ltd. vs. Exide Technologies: el derecho a la réplica y a la última palabra en el proceso
6. Conclusión

Requerimientos de aportación de pruebas 289
1. Concepto

2. *The Great Divide:* el requerimiento de aportación de pruebas en el *civil law* y el *common law*
3. El requerimiento de aportación de pruebas en las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba
4. El requerimiento de aportación de pruebas en las Directrices de la IBA sobre la Representación de las Partes en el Arbitraje Internacional
5. Conclusión

Reservas a los tratados internacionales 296

Resolución alternativa de controversias 298
1. Introducción
2. Diferentes sistemas de ADR
3. Sistemas de aplicación de los ADR
   3.1. Sistema no judicial
   3.2. Sistema *cuasi* judicial
   3.3. Sistema judicial
4. Breve referencia a los ODR

Responsabilidad de la institución arbitral 301
1. Introducción y noción general
2. Derecho español
3. Comentarios del autor

Responsabilidad de los árbitros 303

Revisión del laudo 305

S

Secretario de tribunal arbitral 310

Sede del arbitraje 311

Seguro arbitral 314

Separabilidad del convenio arbitral («*severability*» o «*separability*») 319
1. Consecuencias de la separabilidad
2. Consagración de la separabilidad

Sistema adversarial de práctica de prueba 321
1. Concepto e introducción general
2. Sistema adversarial de la prueba y arbitraje internacional
   2.1. Producción de documentos
   2.2. Testigos y peritos
3. Ejemplos de la presencia del sistema adversarial de la prueba en arbitrajes internacionales

Sistema monista vs. sistema dualista 325

Sistema «Solvit» 326

Solicitud de arbitraje (en el ámbito Ciadi) 328

Subrogación de las partes (en el convenio arbitral) 330
1. Definición
2. Análisis de diversas situaciones en que se produce la subrogación de partes en el convenio arbitral
   - 2.1. La subrogación en el convenio arbitral en la cesión de contratos sometidos a pacto arbitral
   - 2.2. La subrogación legal del asegurador en el pacto arbitral
   - 2.3. Sucesión entre sociedades mercantiles
   - 2.4. Extensión del convenio arbitral a los nuevos socios de la mercantil
   - 2.5. El convenio arbitral en las comunidades de propietarios
3. Comentario

Sumisión al arbitraje (expresa y tácita) 333

T

Tercero interviniente 334

Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral») 335

Terminación convencional del procedimiento administrativo
1. Naturaleza jurídica
2. Límites
3. Impugnación

Test de Salini 338

Testigo 339
1. Concepto e introducción general
2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado
3. Comentarios y conclusiones

Testigo de hechos 341

Traducción jurada (traducción oficial) 343

Transferencia de información entre abogados y árbitros 344
1. El marco normativo aplicable
2. La transferencia de información y sus límites en el transcurso del procedimiento

Transnacionalización de la norma aplicable 348

Tratado de la Carta de la Energía 351

Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en) 353
1. Introducción
2. Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas
3. Medios disponibles de solución de controversias privadas
4. Solución de Controversias del Sector Privado o MASC
5. Las reglas del arbitraje
6. Principales instituciones de arbitraje

Trato justo y equitativo 355

Treaty claim **(ver «*Contract claims vs. treaty claims*»)** 358

Treaty shopping

Tribunal Arbitral de Barcelona 360
1. Origen
2. Operativa
3. Funcionamiento del TAB
4. El Reglamento de Arbitraje
5. El árbitro
6. Más información

Tribunal Arbitral de Valencia (TAV) 362
1. Descripción, naturaleza y fines
2. El procedimiento arbitral conforme al Reglamento del TAV
3. Perspectivas

Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD) 364
1. Desarrollo histórico
2. Estructura y funcionamiento
   2.1. El CIAS
   2.2. El TAD

Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur 368

Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán 370

Tribunal Superior de Justicia (en España) 372

Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur 373

U

Usos y costumbres mercantiles 376
1. La noción de usos y costumbres mercantiles
2. Proceso de elaboración de los usos mercantiles
3. Los usos del comercio internacional

V

Venire contra factum proprium 378

Vistas (ver «Audiencias») 379

Autores 381

Tablas de traducción 427

F

Falta de recursos económicos (*impecuniousity*)

Según decía Sir James Mathew, un juez irlandés del siglo xix, «la justicia está abierta a todos, como el hotel Ritz». Es aún más cierto para la justicia «de lujo» que es el arbitraje. Efectivamente, el arbitraje es caro: aparte de los honorarios de los abogados, hay que pagar a los árbitros, más los gastos administrativos si las partes han pactado un arbitraje institucional. Estos gastos tienen que ser abonados, efectivamente; y, en general, por adelantado.

Por ejemplo, el coste mínimo de un arbitraje CCI es de 6.000 USD (*i.e.*, 3.000 USD de gastos administrativos y 3.000 USD de honorarios de los árbitros), lo que a veces puede superar la cuantía en litigio en los casos de escasa cuantía. En casos de mayor importancia, el coste del arbitraje será proporcional y por definición inferior a la cuantía en litigio. Pero, puede ocurrir que una parte, sin ser jurídicamente insolvente, no disponga de los recursos económicos necesarios para hacer frente a estos gastos, y se encuentre en la imposibilidad material de hacer valer sus derechos en el foro arbitral pactado (bien sea para interponer una demanda o una reconvención). La justicia estatal, en cambio, es gratis en muchos países, y permite, en ciertas condiciones, obtener una defensa gratuita por un abogado de turno de oficio.

La falta de recursos económicos de una parte para participar al arbitraje plantea, por lo tanto, la cuestión de saber si esta parte (o la otra) podría invocar esta escasez de recursos para ser liberada de su compromiso arbitral e iniciar un procedimiento ante un tribunal estatal. La noción de falta de recursos económicos (o *impecuniousity* en inglés) es distinta de la insolvencia, concepto jurídico preciso y objetivo, constatada por una autoridad nacional, y que acarrea determinadas consecuencias sobre los arbitrajes pendientes o futuros.

Le interesa no sólo a la parte con escasez de recursos liberarse del convenio arbitral para poder acceder a la justicia, sino también a la *otra* parte, aunque no tenga dificultades financieras. Es cierto que la mayoría de los reglamentos de arbitraje prevén que una parte (generalmente, el demandante) puede adelantar la totalidad de la provisión para gastos cuando la otra parte (generalmente, el demandado) no paga su parte de la provisión, lo que permite seguir con el arbitraje (por ejemplo, art. 36(5) del Reglamento CCI). Sin embargo, las perspectivas para el demandante de poder recuperar los gastos adelantados parecen teóricas si el demandado cuenta con escasos recursos. En estas circunstancias, le puede interesar a la parte *sin* dificultades financieras, liberarse del convenio arbitral para acudir a los tribunales nacionales, sin que el demandado pueda invocar de manera abusiva la existencia de una cláusula compromisoria.

1. Los elementos del debate

La cuestión de saber si la escasez de recursos de una parte permite liberarse del convenio arbitral pone de relieve una oposición entre dos principios jurídicos fundamentales: por un lado, la fuerza obligatoria del contrato que es el convenio arbitral o principio *pacta sunt servanda*; y, por otro lado, el principio de garantía de acceso a la justicia que tiene toda persona física o jurídica

1.1. A favor de la fuerza obligatoria del convenio arbitral

Tradicionalmente, una parte no puede invocar la falta de dinero o el *hardship* para liberarse de sus obligaciones contractuales.

Además, en materia internacional, admitir que la escasez de recursos de una parte le permita acudir a su juez nacional, pone a la otra parte en la situación que, precisamente, pensaba haber evitado al concluir

un convenio arbitral. En temas domésticos, en cambio, la competencia del juez local no debería perjudicar a ninguna de las partes.

Aceptar la excusa de la falta de recursos plantea toda una serie de problemas difíciles de resolver: ¿cómo definir la falta de recursos económicos? La insolvencia es una noción jurídica objetiva, pero la falta de dinero es muy relativa. ¿Debería el interesado probar que ha buscado, en vano, medios alternativos de financiación del arbitraje? ¿Quién va a apreciar la falta de recursos y su consecuencia: la parte misma, un juez nacional o el tribunal arbitral, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*? Y ¿según qué ley: la *lex causae* del convenio arbitral, la *lex arbitri* aplicable al arbitraje o la *lex fori* de la jurisdicción?

1.2. A favor del libre acceso a la justicia

Hacer prevalecer la fuerza obligatoria del convenio arbitral implica privar a la parte carente de recursos de la posibilidad de hacer valer sus derechos o de defenderse, lo que es contrario al derecho fundamental de acceso a la justicia, protegido, especialmente, por el art. 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hay que subrayar que una cláusula compromisoria no es una obligación contractual cualquiera, sino que atañe al derecho fundamental de acceso a la justicia.

En ausencia de estipulación expresa en el convenio arbitral, hay que referirse a la intención hipotética de las partes en el momento de concluir el convenio. ¿Han querido las partes solamente sustituir un mecanismo de resolución de conflictos público y estatal por otro privado? ¿O han querido renunciar definitivamente a sus derechos, en caso de no tener los medios económicos suficientes para hacerlos valer en un arbitraje? Se puede razonablemente considerar que la intención hipotética de las partes, al concluir un convenio arbitral, era prever implícitamente la posibilidad subsidiaria de recurrir a la justicia estatal, en caso de no tener los recursos necesarios para ir al arbitraje, pero no renunciar definitivamente a sus derechos, en caso de no tener los medios económicos suficientes para hacerlos valer en un arbitraje.

Frente a ese dilema, *pacta sunt servanda* o derecho de acceso a la justicia, ¿cuál de estos dos principios ha prevalecido en Derecho comparado?

2. Las respuestas en Derecho comparado

En España, el problema no se ha planteado en estos términos.

Alemania

La jurisprudencia alemana es la más liberal y admite, desde los años 1960, que quien no tiene medios económicos, pueda ir al juzgado en vez de al arbitraje. Se consideraba inicialmente que cada parte tenía el derecho extraordinario de terminar unilateralmente el convenio arbitral, invocando su falta de recursos o la de la otra parte (*Bundesgerichtshof* (BGH), 30 enero 1964, BGHZ 41, 104; BGH, 10 marzo 1994, NJW-RR 1994, 1214). Desde el año 2000, la Corte Federal Suprema considera que cuando una parte no es capaz de financiar un arbitraje, el convenio arbitral es «*imposible de ejecutar*», en el sentido del art. 1032 §1 del Código de procedimiento alemán, y las partes están liberadas *ipso jure* del convenio arbitral (BGH, 14 septiembre 2000, III ZR 33/00, BGHZ 145, 116; JZ 2001, 258).

Esta disposición del Código alemán es idéntica al art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral y al art. II.3 del Convenio de Nueva York. Ambos artículos prevén que un tribunal, a quien se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un convenio arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho convenio es «*nulo, ineficaz o de ejecución imposible*». Por lo tanto, esta problemática es susceptible de plantearse, en términos idénticos en otros países parte del Convenio de Nueva York, o que hayan adoptado la Ley Modelo Uncitral.

Inglaterra

En Inglaterra, los tribunales ingleses han adoptado una posición opuesta a la alemana, aunque el art. 9(4) de la Ley inglesa de arbitraje de 1996, también prevé, en aplicación del Convenio de Nueva York, que el juez tiene la obligación de remitir las partes al arbitraje, salvo si el convenio arbitral «*es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*».

En un caso en el que el demandante estaba en el paro y no tenía los recursos necesarios para iniciar el arbitraje CCI pactado (mientras que ante el juez inglés se hubiera beneficiado de una ayuda jurisdiccional), la Corte de apelación consideró, en 1980, que la simple falta de recursos económicos de una parte, no permitía considerar que el convenio arbitral fuera imposible de ejecutar, como la falta de dinero de un comprador no hace que el contrato de compraventa sea imposible de ejecutar.

El juez inglés consideró que la noción de imposibilidad de ejecución no se debía aplicar a la aptitud de las partes, sino al convenio arbitral mismo. Un convenio arbitral es imposible de ejecutar cuando materialmente no se puede ejecutar, aunque las dos partes estén dispuestas a hacerlo. Por ejemplo, si los árbitros nombrados en el convenio arbitral, se niegan a ejercer de árbitro o han fallecido, o si la institución de arbitraje elegida en el convenio, ya no existe o se niega a nombrar un árbitro (*Court of Appeals*, 3 de diciembre de 1980, *Paczy vs. Haendler & Natermann* [1981] 1 Lloyd's Rep. 302 (CA), YCA 1982, p. 445).

Aunque la decisión no lo precise expresamente, entiende la incapacidad de ejecución en el sentido de *frustration* del Derecho inglés. Es una interpretación muy restringida de la ley inglesa, que corresponde a la que da el Profesor Van den Berg al art. II.3 del Convenio de Nueva York.

Esta posición ha sido reafirmada posteriormente, en el año 2007 (High Court, *El Nasharty vs. J. Sainsbury* [2007] EWHC 2618 (Comm), [2007], All ER (D) 200 (Nov)). Sin embargo, algunos autores consideran que la solución debería hoy ser distinta desde la adopción del *Human Rights Act* en 1998, que transpone el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, especialmente, su art. 6(1) sobre el acceso a la justicia.

Francia

En Francia, la cuestión de la falta de recursos de una parte se ha planteado primero con respecto a un arbitraje en el que la demandada, en liquidación, no había podido pagar su parte de la provisión de manera que la CCI había decidido, en aplicación del reglamento de arbitraje, que sus demandas reconvencionales se debían considerar retiradas. El tribunal arbitral dio por sentada la retirada de las demandas reconvencionales y no se pronunció sobre éstas. La demandada interpuso un recurso en anulación contra el laudo. La Corte de París consideró que la retirada de las demandas reconvencionales constituía una medida excesiva que violaba el principio de igualdad de las partes y el derecho de acceso a la justicia, porque la posibilidad de presentar ulteriormente las mismas demandas en otro arbitraje era puramente teórica, y anuló el laudo (Corte de apelación de París, 17 de noviembre de 2011, *Pirelli*, *Cahiers de l'Arbitrage* 2012, 159; D. 2011, 3031).

La Corte de Casación francesa anuló la decisión de la Corte de Apelación considerando que, si bien la negativa del tribunal arbitral de examinar las demandas reconvencionales puede constituir una violación del principio de igualdad de las partes y del derecho de acceso a la justicia, es siempre y cuando las demandas reconvencionales sean indisociables de las demandas principales, lo que no había examinado la Corte de Apelación. Con esta decisión, la Corte de Casación confirma el principio de acceso a la justicia arbitral (y no estatal) del justiciable carente de recursos, pero limita este principio a las demandas reconvencionales «indisociables» de las demandas principales (Corte de Casación, 28 de marzo de 2013, *Pirelli*, *Cahiers de l'Arbitrage* 2013, 479).

La cuestión de la falta de recursos se planteó ulteriormente bajo otra forma ante la Corte de Apelación de París. Invocando su escasez de recursos, una demandante había iniciado un procedimiento ante un tribunal estatal, en vez del tribunal arbitral pactado en el convenio arbitral. Según la demandante, la imposibilidad de hacer frente a las costas de un arbitraje, conllevaba la imposibilidad de acceder a la justicia (*déni de justice*), de la cual resultaría la inaplicabilidad manifiesta del convenio arbitral. La Corte de Apelación de París rechazó este argumento considerando que el carácter manifiestamente inaplicable de un convenio arbitral, no se puede deducir de la incapacidad del demandante, de soportar el coste de un arbitraje, y que le incumbe al tribunal arbitral permitir el acceso a la justicia, todo incumplimiento de los árbitros, siendo susceptible de ser sancionado. Contrariamente a la jurisprudencia alemana mencionada más arriba, la Corte de París considera que no le incumbe a los tribunales estatales, sustituir a los árbitros para asegurar el acceso a la justicia, sino que los árbitros mismos deben asegurar este acceso, aunque la decisión no precise cómo (Corte de Apelación de París, *Lola Fleurs*, 26 de febrero de 2013, *Cahiers de l'Arbitrage* 2013, 479). Esto incitará, seguramente, a los árbitros; y, sobre todo, a los centros de arbitraje como la CCI, cuya sede está en París, a encontrar soluciones de financiación para las partes con escasos recursos, como por ejemplo, la creación en el seno de la institución de un fondo de mutualización o de un panel de árbitros *pro bono* (ver más abajo).

Estados Unidos

En Estados Unidos, la cuestión de la incidencia sobre el convenio arbitral de la falta de recursos económicos de una parte, ha recibido diversas respuestas. Varios tribunales han reenviado a las partes ante otro foro arbitral más cercano o han reducido la participación financiera de la parte *impecunious* a los gastos del arbitraje, respetando así la voluntad de las partes de someter el litigio al arbitraje (por ejemplo, *Brower vs. Gateway 2000 Inc.*, *N.Y. Sup. Ct. App. Div*. 1998, 676 N.Y.S.2d 569; *Martin Bank vs. Worldcom Inc.*, *N.Y. Sup. Ct*. 2002, WL 17162).

En otros casos, han considerado que sería injusto y *unconscionable* obligar a esta parte a cumplir con el convenio arbitral y han admitido la introducción de una demanda judicial individual o colectiva (*class action*) en vez del arbitraje pactado (por ejemplo, *Green Tree Financial Corp. vs. Randolph*, *U.S. Sup. Ct*. 531 U.S. 79 (2000); *Gutiérrez vs. Autowest, Inc., Cal. Sup. Ct.* 2005, WL 22890611).

También han autorizado los *class arbitrations*, aun cuando el convenio arbitral lo prohibía expresamente. Por ejemplo, la Corte de Apelación del primer circuito consideró, en el año 2006, en materia de Derecho de la competencia, que obligar a los demandantes a realizar arbitrajes individuales les impediría, en la práctica, hacer valer sus derechos derivados de la Ley Federal *Antitrust*, porque tendrían que pagar cientos de miles de dólares para encargar un estudio económico a un perito y quizás millones de dólares de honorarios de abogados. Estos costes prohibitivos superarían las pretensiones de las partes. Respetar la renuncia a toda acción colectiva daría una inmunidad *de facto* al demandado en temas de competencia, lo que no era admisible. Por lo tanto, declaró dicha renuncia inválida y, considerándola separable del resto del convenio arbitral, ordenó la organización de un *class arbitration* (*Kristian c/ Comcast*, 1st Cir. 2006, 446 F3d 25).

Sin embargo, las decisiones más recientes de la Corte Suprema hacen prevalecer la renuncia de las partes a toda acción colectiva y exigen una base contractual para la organización de un *class arbitration*. La Corte Suprema subraya que los *class arbitrations* cambian tanto la naturaleza del arbitraje que no se puede presumir en el silencio del convenio arbitral (*Stolt-Nielsen S.A. et al. vs. Animal Feeds International Corp*., n.° 08-1198, 130 S. Ct. 1758 (2010); *AT&T Mobility v. Concepción*, 131 S. Ct. 1740 (2011)).

3. Las posibles soluciones

¿Qué soluciones se podrían concebir para garantizar el acceso a la justicia a una parte con dificultades financieras, manteniendo la eficacia del convenio arbitral?

La solución más obvia consiste en reducir los gastos del arbitraje nombrando a un solo árbitro en vez de tres. Otras soluciones relativamente clásicas, son la conclusión de un pacto de *quota litis* con los abogados o la cesión del derecho litigioso a un tercero. También se puede pedir un préstamo al banco para pagar los gastos de arbitraje y otorgarle una prenda sobre la demanda.

Existen otras soluciones más innovadoras y eficientes aunque poco desarrolladas por ahora. Por ejemplo, el mecanismo de seguro legal (en regla general, los seguros actuales no suelen cubrir el arbitraje). Debido al carácter aleatorio del contrato de seguro, tendría que ser suscrito antes de que nazca el litigio.

Una vez nacido el litigio, se puede recurrir al sistema de *third-party funding*: son sociedades de financiación de procedimientos (generalmente, filiales de compañías de seguro o de bancos) que asumen el coste y el riesgo del proceso, tanto judicial como arbitral. Según el principio *no win, no fee*, el demandante no paga nada aunque pierda, y si gana, la sociedad de financiación se queda con un porcentaje, entre 20% y 50%, de los fondos recaudados.

Se han estudiado soluciones aún más innovadoras en el seno de algunas instituciones arbitrales. Por ejemplo, la *American Arbitration Association* (AAA) prevé que, cuando una parte padece *extreme hardship*, puede pedir la reducción o exención de gastos administrativos (art. R-49 del Reglamento de Arbitraje Comercial –esta posibilidad no existe en el Reglamento de Arbitraje Internacional–). La AAA tiene también una lista de árbitros que se han ofrecido a ejercer *pro bono*.

En el seno de la CCI, hubo discusiones internas al principio de los años noventa, sobre la creación de un eventual sistema de mutualización. La idea era que las empresas con dificultades financieras tuvieran acceso a un arbitraje gratis, financiado por una cuota pagada por las empresas sin dificultades financieras. Hubo dis-

cusiones en el mismo sentido en el Centro de Comercio Internacional de Ginebra. Con la posición adoptada recientemente por la jurisprudencia francesa, esta idea podría volver a estudiarse.

(Autora: Anne-Carole Cremades.
Abogada en Schellenberg Wittmer. Ginebra).

Referencias bibliográficas: *Financial Capacity of the parties, a condition for the validity of arbitration agreements?, Based on a Conference Organized by the German Institution of Arbitration (DIS) on 29th November 2002 in Berlin,* German Institution of Arbitration, 2004. Cremades, A.C. «La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado». En *Spain Arbitration Review*, n.° 8/2010, p. 151. Train, F.X. «Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire *LP c/ Pirelli*)». En *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 267. Pinna, A. «La confirmation de la jurisprudence *Pirelli* par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accès à la justice arbitrale». En *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2013, p. 479. Hendel, C. «Third Party Funding». En *Spain Arbitration Review*, n.° 9/2010, p. 7. Goldsmith, A. and L. Melchionda. «Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)». En *International Business Law Journal,* 2012, pp. 53-76 (parte i) y pp. 221-243 (parte ii). Cremades, B. Jr. «Third party litigation funding: investing in arbitration». En *Spain Arbitration Review*, n.° 13/2012, p. 155.

Vocablos conexos. Convenio arbitral. Costas del procedimiento arbitral. Efecto de la quiebra en el convenio arbitral. Financiación de litigios.

Favor arbitris

También conocido como *favor arbitralis,* a través del cual el ordenamiento jurídico protege al arbitraje contra los recursos legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado.

Es la tendencia a proteger la eficacia del arbitraje y, evidentemente, la del laudo, que es el resultado de la actividad procesal realizada en él. Por ello, cuando exista duda sobre los alcances de sus disposiciones, la interpretación que de éstas se realice, debe ser siempre «a favor del arbitraje».

Sobre el particular, Álvarez Sánchez señala que el *favor arbitralis* es una necesidad que surge de la propia *rerum naturam* de la institución.

En este sentido, el objetivo de este principio es salvaguardar la voluntad de las partes al optar por la vía arbitral ante una controversia. Así, quienes renunciaron a su jurisdicción, no podrán invocarla cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos en los que, por lo general, se ha vulnerado un principio constitucional o normas de orden público que importan al arbitraje.

Ana María Chocrón Giráldez distingue tres manifestaciones de este principio, a saber: (i) favor competencial, (ii) favor jurídico o favor del fallo, y (iii) el favor legal.

(i) El favor competencial (o principio *kompetenz-kompetenz*) es aquel principio por el cual se favorece la competencia de los árbitros. Así queda establecido que, cuando las partes pactaron arbitraje, los árbitros son los únicos que pueden y deben resolver la controversia. En ese sentido, quienes administran justicia en otra jurisdicción (que para todos los efectos es la del Estado), no pueden –bajo ninguna circunstancia– competir con los árbitros en la solución de la controversia ventilada en un proceso arbitral. En otras palabras, bajo el principio *kompetenz-kompetenz,* los árbitros pueden decidir sobre su competencia.

La razón de esta incompetencia se basa en el acuerdo de voluntades de las partes que decidieron renunciar a la jurisdicción del Estado y apostaron por el arbitraje para resolver una controversia. Lo que implica tácitamente que no deseaban que los magistrados de la jurisdicción ordinaria resolvieran su pendencia, renunciando a la competencia judicial.

De esta manera, el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Se encuentran también comprendidas en este ámbito, las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

(ii) El favor jurídico o favor del fallo se manifiesta en que el control que puede hacerse de la actividad del tribunal arbitral, es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa, en cuanto a la aplicación de la ley material.

En principio, el laudo tiene la característica de ser inapelable (salvo acuerdo distinto de las partes y aunque algunas legislaciones contemplan la posibilidad de apelar un laudo, ya sea en la jurisdicción ordinaria o en una segunda instancia arbitral. En estos casos, las partes tienen la posibilidad de pactar que el laudo sea inapelable). Inapelable. Sin embargo, a través de la figura de la anulación, se pueden dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral incorporadas en el laudo.

Sobre el particular, Olivier señala que el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral, necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, las legislaciones establecen que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia. (Es aquí donde radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del Derecho (es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo), el recurso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos).

Ahora bien, para proteger a la institución arbitral, y salvaguardar la autonomía de las partes al renunciar a la vía judicial, las causales por las cuales se puede solicitar la anulación del laudo, deben ser pocas y taxativas.

De eso se trata la segunda modalidad en que se expresa el *favor arbitris*, al establecer un principio como el del «favor del fallo», a través del cual la ley proteja el fallo de los árbitros, de la única manera que puede hacerlo: garantizando que no exista una revisión sobre el fondo por parte de la jurisdicción ordinaria; salvo algunas causales taxativamente contempladas. Así, el principio de favor del fallo coadyuva a cumplir con la finalidad de proteger la decisión de las partes de solucionar sus conflictos mediante el arbitraje.

(iii) La última de las modalidades a través de las cuales se expresa el *favor arbitris*, es la del «favor legal», el mismo que versa sobre una tendencia a inclinar a las partes al arbitraje.

Tradicionalmente, la judicial ha sido la vía utilizada para resolver los conflictos de hecho y de derecho. Pero, sus deficiencias han puesto de manifiesto que de nada sirve reconocer derechos y acciones, si después no se tienen los cauces adecuados para hacerlos valer.

En ese escenario, el Estado quiere que sus ciudadanos puedan acudir al arbitraje para resolver sus controversias fuera de la jurisdicción misma del Estado, sustrayéndose por un tiempo de las normas jurídicas, en general, a fin de aplicar un ordenamiento jurídico en especial. Esto se funda en la lógica de que el que quiere los fines, esto es, la «desjudicialización» de los litigios, también quiere los medios, o sea, toda la estructura legislativa para promover y fortalecer a la institución arbitral.

Nótese que el hecho de favorecer la competencia exclusiva de los árbitros en la controversia litigiosa (favor de competencia de los árbitros), o el laudo mismo (favor del fallo), blindándolo contra las intromisiones del Poder Judicial a través de la limitación de los recursos impugnatorios ante la jurisdicción del Estado, es en sí un favor legal para con el arbitraje.

En síntesis, de lo que se trata con el favor legal, es que el ordenamiento jurídico se ponga a disposición del arbitraje y lo favorezca en todas sus etapas, desde la contractual, pasando por la procesal y terminando con

el laudo, a fin de que prevalezca la decisión de las partes de escoger el arbitraje como medio de solución de sus conflictos.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima).

Referencias bibliográficas: Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Madrid: J.M. Bosch, 2000, pp. 56-65. Fenech Navarro, M. «El arbitraje en el Derecho español». En Carreras Llansana, Jorge. *Estudios de Derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 426. González de Cossío, Francisco. *El procedimiento arbitral.* México, D.F.: Editorial Porrúa, 2008, pp. 225-226. Olivier, Antonie. Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 373. Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro. *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 123.

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Arbitraje. Exequátur.

Financiación de litigios

1. Concepto

La financiación de litigios es una herramienta muy útil para aquellos litigantes con una posición procesal sólida, pero que carecen de los recursos económicos necesarios para defenderse adecuadamente en un procedimiento judicial o arbitral. Piénsese, por ejemplo, en un demandante en quiebra o que su negocio no pueda producir beneficios hasta que no termine un juicio o arbitraje. En estos casos, la financiación del litigio puede resultar una opción muy interesante.

La financiación de litigios –o, en inglés *third-party funding* o *litigation finance*– es una evolución del pacto de *cuota litis*, ya que puede describirse como la extensión de dicho pacto a terceros distintos de los abogados que representan al litigante en el procedimiento judicial o arbitral. En un litigio financiado, el financiador cubre los costes y gastos del litigante a cambio de que éste le ceda una parte de la compensación que sea obtenida –en su caso– cuando finalice el procedimiento judicial o arbitral. Es decir, si el prestatario obtiene una indemnización –ya sea mediante resolución judicial o arbitral o mediante una transacción extrajudicial– el financiador tendrá derecho a recibir un porcentaje de la misma. Por el contrario, si el prestatario pierde el litigio y no recupera nada, el financiador tampoco obtiene nada.

Por lo general, el repago al financiador tendrá lugar tras satisfacer los honorarios de los abogados, las costas del procedimiento judicial o arbitral, las cargas y gravámenes que existan en el objeto del litigio y cualesquiera otros gastos que sean acordados entre el prestatario y el financiador, a la hora de firmar el acuerdo de financiación.

En el contexto de un procedimiento judicial, además de los honorarios de los abogados, el financiador puede acordar cubrir costes y gastos, tales como los costes de investigación, recopilación y exhibición de documentos, honorarios y costes derivados de la presentación de peritos o testigos de hecho, facturas médicas del prestatario mientras dura el procedimiento (y, en su caso, las apelaciones), etc. En el contexto arbitral, pueden también cubrirse otros tipos de costes y gastos, tales como las tasas de la institución arbitral, los honorarios de los árbitros, los costes derivados de las audiencias o los costes derivados de procedimientos judiciales que tengan relación con el objeto del arbitraje.

2. Modalidades de financiación

Aunque existen varias modalidades de financiación, las dos estructuras más frecuentes son: (i) la financiación a cambio de un porcentaje de la cantidad que se recupere; y (ii) préstamos para litigio o adelantos monetarios (los mal llamados *litigation loans* en inglés). En cuanto a la primera modalidad, el financiador obtendrá un porcentaje de cualquier cantidad recuperada por el prestatario. Este porcentaje suele oscilar entre el 10% y el 45%, dependiendo de diversos factores. En la segunda modalidad –es decir, en los préstamos para litigio– el principal devengará intereses a lo largo del tiempo y dicho principal e intereses únicamente deberán devolverse si se recupera alguna cantidad en juicio o arbitraje. Si no se recupera nada, no se devuelve nada. Debido al riesgo, la tasa de interés suele ser muy elevada y, generalmente, por encima de las restricciones o normas que prohíben la usura. Para una breve discusión de la aplicación de las leyes de usura, ver la sección 4 que incluimos más adelante.

Otra alternativa más novedosa es la emisión de títulos valores sobre los derechos derivados del litigio, los cuales son adquiridos o suscritos por el financiador. Las posibilidades pueden ser tan variadas como emisiones privadas o públicas de títulos valores o incluso financiación a través de *crowdfunding*.

A pesar de lo que pueda parecer a primera vista, también existen estructuras de financiación para los demandados. Las modalidades más evidentes pueden ser la financiación de demandas de reconvención o las donaciones sin ánimo de lucro. En cuanto a esta última, piénsese por ejemplo, una fundación que dona dinero a un litigante para luchar por cierta causa o para impugnar cierta ley. Existen otras modalidades más sofisticadas para financiar a demandados y que se centran en la cantidad monetaria que ahorra el prestatario. Es decir, la diferencia entre la cantidad inicialmente demandada y la cantidad a pagar tras la sentencia judicial o el laudo arbitral. En estos casos, nos encontraríamos ante un pacto de *cuota litis* inverso (o *reverse contingency fee* en inglés), el cual puede ser simple (si el porcentaje de comisión que se aplica es constante, independientemente de la cantidad que se ahorra) o compuesto (si el porcentaje de comisión que se aplica, aumenta conforme se ahorra más dinero). Otras modalidades de financiación a demandados se basan en la cesión de riesgo a terceros a través de seguros o derivados financieros.

Por otro lado, existen financiadores especializados en otorgar financiación directamente a los despachos de abogados mediante un préstamo (o mediante la concesión de una línea de crédito) para financiar un caso, en particular, o un portafolio de casos. Según se acuerde, el financiador podría obtener beneficio de un único caso o del valor agregado de varios casos.

También existen financiadores que se concentran en ciertos nichos de negocio. Así, por ejemplo, hay financiadores que únicamente financian procedimientos en sede de apelación (cuando ya se ha ganado en primera instancia), financiadores que únicamente financian procedimientos comerciales o financiadores que únicamente financian procedimientos de responsabilidad extracontractual, en los que pueda haber daños punitivos (si están permitidos en la jurisdicción correspondiente).

3. Proceso de financiación

Normalmente, antes de desembolsar los fondos, un financiador realizará una auditoría financiera y legal del procedimiento a financiar (*due diligence*) para valorar las posibilidades de éxito. Este proceso también servirá para establecer qué porcentaje o interés cobrará por financiar el procedimiento, así como la estructura del repago.

En esta auditoría el financiador analizará, principalmente, los hechos, las pruebas y la tesis legal del potencial prestatario. Asimismo, el financiador analizará la claridad de la responsabilidad de la contraparte. Este análisis suele incluir también otros factores, tales como: (i) el valor total del pleito o arbitraje; (ii) la cantidad que debe desembolsar para que el procedimiento pueda ser exitoso; (iii) obstáculos jurisdiccionales; (iv) defensas de la contraparte; (v) naturaleza y duración del procedimiento (incluyendo si se trata de un procedimiento judicial o arbitral); (vi) posibilidades de llegar a un acuerdo extrajudicial de manera expedita; (vii) recursos financieros del prestatario y de la contraparte (especialmente, expectativas de ejecución); (viii) abogados que representarán al litigante en el procedimiento y estructura del repago (*v. gr.*, si existe un pacto de *cuota litis* con los abogados); y (ix) otras obligaciones del prestatario que puedan afectar a la cantidad que se recupere de la contraparte (*v. gr.*, un acuerdo de financiación anterior con otro financiador o cargas y gravámenes sobre la cantidad que pueda ser recuperada).

En países anglosajones es frecuente que el financiador encomiende esta tarea a abogados externos o que, únicamente, revise memorandos preparados por abogados (y no las pruebas en sí), a fin de evitar ser objeto de posibles solicitudes de exhibición de documentos.

Por lo general, el período de análisis por parte del financiador suele durar entre treinta y sesenta días. No obstante, habrá casos que requieran un análisis más detallado debido a su complejidad o a la cantidad de documentos. Por el contrario, puede haber otras solicitudes de financiación que sean revisadas en un plazo menor, debido a la urgencia o a la claridad de responsabilidad de la contraparte.

4. Defensas

Es posible que un prestatario no siempre esté de acuerdo en tener que devolver la cantidad debida al financiador cuando ésta devenga exigible y pagadera. En estos casos, el prestatario intentará impugnar el acuerdo de financiación ante los tribunales locales competentes.

A primera vista, cuando sean de aplicación, los argumentos más convincentes para impugnar un acuerdo de financiación, parecen ser las causas de nulidad contractual por vicios del consentimiento, tales como fuerza o intimidación, error, simulación, fraude, lesión subjetiva o dolo. Sin embargo, en estos casos, la carga probatoria suele ser bastante alta.

También, el prestatario tendría la tentación de argumentar que el acuerdo de financiación es, en realidad, un préstamo con un interés superior al permitido por las leyes de usura. Sin embargo, la corriente jurisprudencial mayoritaria entiende que no hay un préstamo, si no existe una obligación absoluta de devolver la cantidad prestada. Puesto que en estos casos, únicamente se devuelve la cantidad prestada si se obtiene una sentencia o laudo favorable (o se llega a una transacción extrajudicial), estaríamos, entonces, ante una «inversión» y no ante un «préstamo». Por consiguiente, las leyes de usura no serían de aplicación. No obstante, es necesario observar el texto de la norma aplicable en la jurisdicción concreta para confirmar este aspecto.

Otro de los argumentos habituales al intentar impugnar un acuerdo de financiación en los países de Derecho anglosajón, son los relativos al mantenimiento de litigios (*maintenance* en inglés) y mantenimiento en contraprestación de un interés dinerario (*champerty* en inglés). Según la obra *Black's Law Dictionary*, *maintenance* consiste en la «asistencia para proseguir o defenderse en una controversia por parte de aquella persona que no tiene un interés legítimo en dicha controversia» o «la intromisión en el procedimiento de otra persona» (traducción libre). Por su parte, también según la obra *Black's Law Dictionary*, *champerty* es una forma agravada de mantenimiento de litigios, la cual consiste en «un acuerdo entre el tercero sin interés legítimo entrometido en el procedimiento y el litigante mediante el cual el tercero coadyuva a proseguir la demanda en contraprestación a un derecho en el resultado del procedimiento» (traducción libre). Para el profano en Derecho, *champerty* podría definirse como «comprar parte de la controversia ajena». En el mundo anglosajón, podemos identificar cuatro tendencias claras en relación con la aplicación y validez de las doctrinas de *maintenance* y *champerty*: (i) jurisdicciones en las que las prohibiciones de *maintenance* y *champerty* permanecen en vigor; y, por tanto, este tipo de acuerdos serían inválidos; (ii) jurisdicciones en las que existe alguna regla limitando la validez de dichos acuerdos a ciertos supuestos o cuando se cumplan ciertos requisitos; (iii) jurisdicciones en las que los acuerdos de financiación están regulados por ley; y (iv) jurisdicciones que han abandonado las prohibiciones de *maintenance* y *champerty* totalmente; y, por tanto, no hay ninguna restricción a los acuerdos de financiación.

Otros argumentos que han sido alegados sin éxito o con éxito muy limitado para invalidar acuerdo de financiación son: (i) violación del orden público; (ii) violación de leyes del juego; (iii) violación de las prohibiciones de vender títulos valores sin que hayan sido previamente registrados o declarados ante el regulador del mercado de valores.

(Autor: Bernardo M. Cremades Jr. Socio de B. Cremades & Asociados).

Referencias bibliográficas: Cremades, B.M. (Jr.) *Third-Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, 8(4) *Transnat'l Disp. Mgmt.*, octubre 2011. Am. Bar Ass'n Comm. on Ethics 20/20. *White Paper on Alternative Litigation Finance*. Informational Report to the House of Delegates, febrero 2012. New York City Bar Association. *Formal Opinion 2011-2: Third-Party Litigation Financing*, junio 2011. Richmond, D.R. *Litigation Funding: Investing, Lending, or Loan Sharking?* Prof. Law. 17 (2005). Sebok, A.J. *The Inauthentic Claim*, 64 Vand. L. Rev. 61 (2011). Bond, P. *Making Champerty Work: An Invitation to State Action*. 150 U. Pa. L. Rev. 1297 (2002). Radin, M. *Maintenance by Champerty*, 24 Cal. L. Rev. 48 (1937). Steinitz, M. *The Litigation Finance Contract*. 54 Wm. & Mary L. Rev. 455 (2012). Steinitz, M. *Whose Claim is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*. 95 Minn. L. Rev. 1268 (2011). Martin, S.L. *Financing Plaintiffs' Lawsuits: An Increasingly Popular (and Legal) Business*. 33 U. Mich. J. L. Ref. 57 (1999-2000) Beisner, J. y otros. *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*. U.S. Chamber Institute for Legal Reform, octubre 2009. Barksdale, C. *All That Glitters Isn't Gold: Analyzing the Costs and Benefits of Litigation Finance*. 26 Rev. Litig. 707 (2007). Fulbrook Management LLC. *Investing in Commercial Claims, Nutshell Primer*, marzo 2011. Molot, J. *A Market in Litigation Risk*. 76 U. Chi. L. Rev. 367 (2009). Kantor, M. «Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments». *Icsid Review* - Foreign Investment Law Journal, 2009, vol. 24, n.° 1. Lyon, J. *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation*. 58 UCLA L. Rev. 571 (2010).

Referencias jurisprudenciales: *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. vs. Haskell*. 193 S.W.3d 87 (Tex. App. 2006). *Kraft vs. Mason*, 668 So. 2d 679 (Fla. Dist. Ct. App. 1996). *Fausone vs. U.S. Claims, Inc.* 915 So. 2d 626 (Fla. Dist. Ct. App. 2005). *Rancman vs. Interim Settlement Funding Corp*. 789 N.E.2d 217 (2003). *Echeverria vs. Estate of Lindner*. 7 Misc. 3d 1019(A) (Sup. Ct. 2005). *Odell vs. Legal Bucks, LLC*. 192 N.C. App. 298 (2008). *Lawsuit Fin., L.L.C. vs. Curry*. 261 Mich. App. 579 (2004). *Saladini vs. Righellis*. 687 N.E.2d 1224 (1997). *Osprey, Inc. vs. Cabana Ltd. P'ship*. 532 S.E.2d 269 (2000). *McFarlane vs. E.E. Caledonia Ltd.* (n.° 2), [1995] 1 W.L.R. 366. *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd. vs. Todd (Costs)*, 2004] 1 W.L.R. 2807. *Arkin vs. Borchard Lines Ltd. (Costs Order)*, [2005] 1 W.L.R. 3055. *Campbell's Cash & Carry Pty Ltd. vs. Fostif Pty Ltd.*, 229 CLR 386.

Vocablos conexos: *Litigation loans. Third-party funding.*

FISCALIDAD (VER «ARBITRAJE TRIBUTARIO»)

FLEXIBILIDAD DE LA PRUEBA (EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL)

1. Introducción

En el arbitraje internacional la prueba se caracteriza por su flexibilidad. Esta flexibilidad, a su vez, se explica en la flexibilidad inherente al proceso arbitral o, dicho de otro modo, en la inexistencia de normas rígidas aplicables al arbitraje internacional. A diferencia de los procesos judiciales donde existen reglas que rigen la admisión, presentación y valoración de la prueba, en el arbitraje internacional, a falta de acuerdo de las partes, la única «regla» aceptada, es la amplia discreción otorgada a los árbitros para dirigir el procedimiento arbitral.

Siendo la prueba el medio fundamental utilizado por las partes para sustentar sus posiciones y por los árbitros para fundamentar sus decisiones, es importante entender los beneficios de su flexibilidad. La admisión de pruebas, por lo general, crea antagonismo entre las partes y, en estos casos, los árbitros son los llamados a resolver su admisión y, de ser el caso, su valor probatorio. Es aquí donde radica la importancia de la flexibilidad de la prueba en el arbitraje internacional porque el éxito de una de las partes en el proceso arbitral, en gran medida depende de la solidez de las pruebas.

2. Confluencia de tradiciones jurídicas

La flexibilidad probatoria responde a la naturaleza transnacional de las controversias sometidas a arbitraje internacional. Por lo general, las partes en los arbitrajes internacionales son de nacionalidades distintas y, frecuentemente, sus abogados, e inclusive los árbitros designados, son de tradiciones jurídicas distintas. La globalización de la economía, si bien permite el establecimiento de relaciones comerciales entre sujetos de distintas tradiciones jurídicas, dicha interacción muchas veces lleva a discrepancias de concepto entre los actores que, de ser fundamentales, pueden resultar en controversias que serán resueltas en la mayoría de los casos en un arbitraje. La distinta formación jurídica de los abogados y árbitros en los arbitrajes internacionales, también puede ser fuente de discrepancias en cuanto a las reglas que deben regir la admisibilidad y valoración de la prueba.

Por ejemplo, en una disputa entre un nacional de un país latinoamericano representado por un abogado de formación civilista y un nacional inglés representado por un abogado de formación anglosajona, ¿cuáles son las normas que deberían aplicar los árbitros?, ¿qué reglas de procedimiento se deberían aplicar para la admisión, práctica y valoración de la prueba; las del Derecho civil o las del Derecho anglosajón?

La confluencia de tradiciones jurídicas genera este tipo de cuestionamientos por lo que es importante entender las diferencias existentes entre los distintos sistemas legales en cuanto a la prueba, para así entender el alcance de su flexibilidad en el arbitraje internacional. Dada su importancia y prevalencia a nivel mundial, revisaremos a continuación las diferencias entre el Derecho civil y el Derecho anglosajón.

Los abogados en jurisdicciones de Derecho civil se valen, principalmente, de la prueba documental que tienen a su disposición para sustentar sus posiciones. En jurisdicciones de Derecho anglosajón, en cambio, existe la llamada etapa de *discovery*, a través de la cual se solicita a la corte que ordene a la parte contraria la producción de documentos, a fin de «descubrir» pruebas relevantes al caso. La etapa de *discovery* y el amplio acceso a pruebas que ésta permite a las partes, no existe en jurisdicciones de Derecho civil. Por ello, varios autores afirman que el uso de *discovery* es uno de los puntos de controversia entre diferentes tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional. No obstante ello, algunos países de tradición civilista contemplan mecanismos limitados, por los cuales se permite a los jueces y árbitros ordenar la producción de pruebas, siempre y cuando exista un contrato o una ley que así lo permita.

En el arbitraje internacional, los árbitros tienen la facultad de ordenar de oficio la producción de pruebas. Algunas reglas de arbitraje y, en particular, las Reglas del IBA, permiten a las partes solicitar al tribunal que ordene a la parte contraria la producción de pruebas. Sin embargo, dado que los árbitros no poseen el *ius imperium* de los jueces, si una de las partes objetara su producción, los árbitros sólo pueden derivar «conclusiones adversas», asumiendo que las pruebas no producidas perjudican la posición de dicha parte. Las conclusiones adversas son un mecanismo persuasivo que los tribunales arbitrales utilizan para lograr la cooperación de las partes en la producción de pruebas.

La prueba de testigos, por su parte, es un medio probatorio más usado en jurisdicciones de Derecho anglosajón. El uso de testigos brinda a las partes un rol protagónico porque son sus abogados los que interrogan a los testigos en forma directa, y a los testigos de la parte contraria en forma cruzada. Los jueces de tradición anglosajona, por el contrario, cumplen un rol más pasivo respecto a los testigos, a diferencia del rol más protagónico que cumplen los jueces de tradición civilista, quienes tienen a su cargo el interrogatorio de testigos. No obstante, el valor probatorio de los testigos en jurisdicciones de Derecho anglosajón es preponderante en comparación con el otorgado en jurisdicciones de Derecho civil donde prevalece la prueba documental. Por ello, los abogados deben tomar en consideración el mayor o menor valor probatorio que el tribunal asignará a los testigos y a la prueba documental, lo cual dependerá de la formación jurídica de los árbitros y de las reglas que puedan elegir las partes.

Así, la formación jurídica de los abogados y de los árbitros, influenciará el proceso de admisión y valoración de la prueba y, en consecuencia, el resultado final del procedimiento arbitral.

3. El rol de las partes, abogados y árbitros

La flexibilidad probatoria en el arbitraje internacional se explica, asimismo, en las prerrogativas de los sujetos del arbitraje. Las partes tienen autonomía para decidir las reglas que se aplicarán en la conducción del arbitraje, incluyendo las reglas que regirán la admisión y valoración de pruebas. Los abogados, por su parte, tienen libertad de planear la estrategia de selección y presentación de pruebas. Y, finalmente, los árbitros tienen una amplia discreción para decidir sobre su admisión y fuerza probatoria.

El rol que cumplen las partes en el arbitraje es esencial y sobrepasa el ámbito probatorio. Las partes, a través de un acuerdo arbitral, pueden decidir someter sus controversias a arbitraje, pudiendo, en dicho acuerdo, fijar las reglas que regirán el procedimiento arbitral.

Las reglas institucionales de arbitraje reconocen la autoridad de las partes para decidir la ley sustantiva del arbitraje, así como las reglas procesales que se aplicarán en el proceso arbitral. Estas reglas prevén que sólo ante la ausencia de acuerdo entre las partes, el tribunal deberá decidir las reglas aplicables que considere más apropiadas. La mayoría de reglas institucionales también reconocen la potestad de las partes para autorizar expresamente al tribunal arbitral, a decidir las controversias en equidad (*ex aequo et bono* o como *amiable compositeurs*).

Los abogados, por su parte, también cumplen un rol decisivo en cuanto a la prueba: el diseño de una estrategia de selección y de presentación de pruebas que logre persuadir al panel arbitral. Dado que en el arbitraje internacional, la parte que alega un hecho debe probarlo con evidencia suficiente, los abogados tienen a su cargo la importante tarea de seleccionar y presentar las pruebas que consideren más contundentes para la defensa de la posición de sus clientes.

La práctica liberal de los tribunales arbitrales, de admitir todo tipo de pruebas, brinda flexibilidad a los abogados en la selección de pruebas y en su presentación en el momento procesal que consideren más oportuno. En la selección de pruebas, los abogados consideran la tradición jurídica de los árbitros para valerse predominantemente del tipo de prueba –documental o de testigos– que los árbitros, por su formación jurídica, estén más proclives a asignar mayor valor probatorio.

Los árbitros, por su parte, tienen una amplia discreción para pronunciarse sobre la admisibilidad, práctica y valoración de la prueba; y, en general, para conducir el procedimiento arbitral, siendo el principio de contradicción y el de igualdad entre las partes, los únicos límites a dicha facultad.

En particular, las reglas institucionales de arbitraje reconocen a los árbitros la potestad (1) para decidir, previa consulta con las partes, sobre el calendario y la conducción del procedimiento arbitral; (2) para decidir sobre la admisión, práctica y valoración de la prueba; y (3) para requerir la producción de pruebas en cualquier etapa del procedimiento arbitral, de considerarlo necesario para la solución de la controversia.

En la práctica, los tribunales arbitrales admiten todo tipo de pruebas y dejan para la etapa de evaluación, la asignación del valor probatorio que las mismas ameriten. Algunos autores afirman que la práctica liberal de los tribunales, en cuanto a la admisión de pruebas, responde no sólo a la ausencia de reglas, sino a otros factores como la ausencia del recurso de apelación en arbitrajes, y también como una forma de evitar tecnicismos que puedan, más tarde, ser invocados como causales para la anulación de laudos bajo la Convención de Nueva York.

4. La importancia de las Reglas IBA

Las *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration de la International Bar Association* (en adelante, las Reglas IBA) constituyen un marco referencial para las partes y los árbitros en lo concerniente a la admisión, presentación y valoración de la prueba.

Las Reglas IBA fueron diseñadas para complementar las reglas institucionales y las reglas *ad hoc* que se apliquen a la conducción de los arbitrajes internacionales. Entre otros, las Reglas IBA señalan los principios generales que deben gobernar el procedimiento arbitral en temas probatorios, las reglas para la producción de prueba documental y de testigos, las reglas para la conducción de la audiencia de pruebas, y las reglas para la admisibilidad y valoración de las pruebas.

Las Reglas IBA toman especial importancia cuando las partes provienen de distintas tradiciones jurídicas porque las mismas constituyen un esfuerzo de armonización de las reglas del Derecho civil y las reglas de Derecho anglosajón. Por ello, de existir diferencias conceptuales entre abogados y árbitros, fundadas en sus distintas formaciones jurídicas, el uso referencial de las Reglas de la IBA puede servir para dirimir imparcialmente una cuestión probatoria.

5. Comentarios finales

La flexibilidad de la prueba es inherente al arbitraje internacional. La mayoría de arbitrajes internacionales involucran disputas de naturaleza transnacional en donde convergen sujetos de nacionalidades y formación jurídica distintas, particularmente, en materia probatoria. Las reglas institucionales de arbitraje no incluyen reglas específicas para la admisión, práctica y valoración de la prueba, y se limitan a reconocer la amplia discreción de los árbitros para conducir el procedimiento arbitral, en la forma que consideren más apropiada, a fin de lograr una eficiente e imparcial resolución de las controversias. Siendo la prueba uno de los factores determinantes en el resultado final del arbitraje, las partes deben procurar reglas claras en cuestiones probatorias. Por ello, a pesar de no ser de cumplimiento obligatorio, las Reglas IBA son de gran utilidad en el arbitraje internacional porque sirven de complemento a las reglas institucionales y reglas *ad hoc*, por ser un marco referencial a disposición de los sujetos del arbitraje y, principalmente, por constituir un parámetro neutral entre las normas de Derecho civil y de Derecho anglosajón en materia probatoria.

(Autor: Kathy E. Ames Valdivieso.
Advisor Winston & Strawn LLP. Washington D.C.).

Referencias normativas: Reglamento de la CCI (25.5, 19 y 21.1, 21.3), art. 24. Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo (art. 23, 26.1, 26.3, 27.3, 22.3). Reglamento AAA (art. 20.6, 19.3, 26.3), Reglamento LCIA (art. 22.1 (f), 22.1 (e), 14.1 y 22.3, 22.4). Reglamento del Ciadi (art. 20, 34.1, 34.2). Reglamento de la Cnudmi (art. 17, 27.4, 35.2). Convención del Ciadi (art. 42.1, 42.3, 44).

Referencias bibliográficas: Bagner, Hans. «Need for Rules of Evidence in International Arbitration». *International Business Lawyer*, April 1997, pp. 175-179. Brower, Charles. «Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules». *The International Lawyer*, vol. 28, n.° 1, pp. 47-58. *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2011, 3.ª edición, p. 544. Horton, William. «"Discovery" in International Arbitration». *International Arbitration 2010*, vol. 1, p. 421. Jagusch, Stephen. *Organisation and Presentation of Documents to the Tribunal*. Bishop, D. & E. Kehoe (eds.). *The Art of Advocacy in International Arbitration*. Nueva York: Juris Publishing, 2010, 2nd edition, pp. 281-301. Mullerat, Ramón. *El arbitraje internacional. Confluencia de dos tradiciones jurídicas «common law» y «civil law»*. Stampa, Gonzalo. *El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad*. Barcelona: J.M. Bosch, 2009, pp. 91-103. Stirnimann, F. and C. Romero. «El derecho a la prueba - Retos y problemas desde un enfoque europeo y comparado». *Arbitraje Comercial Internacional en Europa*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2013. Paulsson, Jan. *Overview of Methods of Presenting Evidence in Different Legal Systems*. Van den Berg, Albert Jan. *Planning Efficient Arbitration Proceedings*. Londres: Kluwer Law International, 1996, p. 112. Von Mehren, George and Claudia Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 2003, vol. 20, n.° 3, pp. 285-294.

Foro de necesidad

1. Introducción

La doctrina del «foro de necesidad» permite que un tribunal que, en principio, sería incompetente, pueda conocer de un litigio para evitar que ocurra una denegación de justicia. Con base en tal principio, el juez puede declararse competente, aun cuando no exista un criterio «normal» de competencia, en los casos en que resulte imposible actuar ante el tribunal que normalmente sería competente. Se trata, por tanto, de un caso de ejercicio discrecional de la competencia jurisdiccional de las cortes estatales.

La consagración de una jurisdicción de «necesidad» resulta del reconocimiento de derechos procesales fundamentales; y, en particular, del derecho a un juicio justo protegido por el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «CEDH»), el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basada en el art. 6.1 del CEDH también ha tenido un papel destacado en este proceso, elevando el *droit d'accès* (derecho de acceso) al rango de valor esencial de las democracias modernas.

La primera ley que reconoce expresamente el concepto del foro de necesidad, es la Ley suiza de Derecho Internacional Privado (Ley suiza de DIP del 18 de diciembre de 1987, art. 3). Este principio también fue codificado en Derecho austriaco (§ 28 par 1 n.° 2 JN), belga (art. 11 del Código belga de Derecho Internacional Privado), portugués (art. 65, al. 1 Código de Proceso Civil portugués), holandés (art. 9 del Código de Proceso Civil holandés), así como en Derecho del Estado del Quebec, Canadá (art. 3136 CCQ). Varios otros ordenamientos jurídicos han desarrollado este principio en su jurisprudencia. Tal es el caso en España o en Alemania, por ejemplo.

El establecimiento de una jurisdicción de necesidad, resulta de la reunión de dos condiciones cumulativas. En primer lugar, la introducción de una instancia en el extranjero debe revelarse imposible o desrazonable. En segundo lugar, el litigio ha de presentar un vínculo suficiente con la jurisdicción prevista.

2. Foro de necesidad y justicia arbitral en Derecho francés

2.1. La sentencia Nioc c/ Estado de Israel

La jurisprudencia francesa reconoció recientemente en el caso *Nioc c/ Estado de Israel*, el principio de competencia excepcional del juez francés para evitar una denegación de justicia en materia de arbitraje internacional. En este caso, la cláusula de arbitraje no preveía sede de arbitraje ni aplicación de un reglamento. Cada parte debía nombrar un árbitro, quienes debían decidir la controversia o nombrar un tercer árbitro, y de no llegar a un acuerdo sobre el tercer árbitro, éste sería designado por el presidente de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Al no querer Israel nombrar su árbitro, Nioc recurrió ante los tribunales estatales franceses para completar el tribunal arbitral, alegando que se encontraría en una situación de denegación de justicia. Israel replicó que la cláusula de arbitraje era patológica y sostuvo que no podía haber denegación de justicia, ya que la denegación de justicia sólo podía producirse si ninguna jurisdicción se reconocía competente para decidir sobre el fondo del litigio y no respecto del nombramiento de un árbitro, y que la noción de denegación de justicia se refería a la denegación de justicia jurisdiccional y no arbitral.

Tras dos intentos fallidos ante el Tribunal de Grande Instancia de París, el Tribunal de Apelación nombró un árbitro. La Corte de Casación avaló la decisión del Tribunal de Apelación interpretando el derecho de acudir al juez de apoyo de una manera concreta y efectiva, y flexibilizando el requerimiento de un vínculo suficiente para establecer la competencia de una jurisdicción de necesidad. La elección por las partes del Presidente de la Cámara de Comercio Internacional de París como autoridad nominadora del presidente del tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre los árbitros, fue apreciada como un nexo suficiente del litigio con Francia.

Nioc c/ Estado de Israel operó una asimilación del árbitro al juez, reconociendo de esta manera, la autonomía de la justicia arbitral. El acceso al árbitro, que anteriormente se basaba en la fuerza obligatoria del contrato entre las partes, se ve reconocido como derecho fundamental, igual que el derecho al juez, bajo el orden público internacional francés consagrado por el art. 6.1 del CEDH y los principios del arbitraje internacional.

Cabe señalar que después de la decisión de la Corte de Casación francesa, las partes eligieron Suiza como lugar de arbitraje. Israel invocó ante el tribunal arbitral la violación del convenio entre las partes con respecto a la constitución del tribunal arbitral. Una vez que su argumento fuera rechazado por el tribunal arbitral, Israel recurrió a los tribunales suizos para anular el laudo parcial. El Supremo Tribunal Federal de Suiza, en su decisión n.° 4A_146/2012 del 10 de enero de 2013, aprobó el modo de constitución del tribunal arbitral, al considerar que una parte en un convenio arbitral válido no puede verse privada de su derecho de acudir a un juez estatal para nombrar el árbitro que su adversario se niega a nombrar, intentando, de este modo, paralizar el procedimiento arbitral.

2.2. El art. 1505.4 del Código de Procesal Civil francés

El art. 1505.4 del Código Procesal Civil francés (el cual resulta del Decreto n.° 2011-48 del 13 de enero de 2011) reconoce expresamente la competencia del juez de apoyo francés, en caso de que exista un riesgo de denegación de justicia. Este artículo se refiere únicamente a un riesgo de denegación de justicia y no hace referencia a la necesidad de un vínculo entre el foro y la disputa, de modo que se le reconoce al juez de apoyo francés una competencia universal.

La eliminación de dicha condición había sido propuesta durante los debates en torno al caso *Nioc*, dado que el vínculo en esta disputa, como fue aceptado por la Corte de Casación, era extremadamente tenue. En efecto, se acepta que la denegación de justicia constituye un riesgo suficientemente grave para permitir la intervención del juez de apoyo francés.

Teniendo en cuenta que la denegación de justicia es un concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia debe concretizarlo en cada caso y reservar su aplicación a los casos extremos en los cuales el derecho de acceso al árbitro, se vea amenazado.

(Autor: Alexis Mourre. París).

Referencias normativas: Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987. Decreto n.° 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Código Procesal Civil francés. Ley de Jurisdicción (*Jurisdiktionsnorm*) austriaca. Código Belga de Derecho Internacional Privado. Código Procesal Civil holandés. Código Procesal Civil portugués. Código Civil de Québec.

Referencias bibliográficas: Othenin-Girard, S. «Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse». *Revue suisse de droit international et européen*, 1999, pp. 251-285. Lalive, P. Note - *NIOC c/ Israël*. Cour d'appel de Paris, 29 de marzo de 2001. *ASA Bulletin*. Londres: Kluwer Law International 2002, vol. 20, issue n.° 3, pp. 555-556. Clay, T. «Un déni de justice peut justifier la compétence international du juge français». *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 140-159. Retomaz, V. y B. Volders. «Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif». *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 225 *et seq*. De Argumedo Piñeiro, A.L. y L. Capiel. «El juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa». *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2011, n.° 11, pp.109-125. Scherer, M. y D. Baizeau. «Swiss Federal Supreme Court confirms Nioc vs. Israel award - No review of French court decision to appoint arbitrator in order to avoid international denial of justice». *ASA Bulletin*. Londres: Kluwer Law International 2013, vol. 31, issue n.° 2, pp. 400-403.

Vocablos conexos: Juez de Apoyo. Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje).

Forum non conveniens

La doctrina del *forum non conveniens* se encuadra en el sector de la competencia judicial internacional, aunque también se ha aplicado a la determinación de la competencia de los tribunales dentro de ordenamientos jurídicos plurilegislativos [*Gulf Oil vs. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947)]. Se trata de un mecanismo propio del ámbito de los conflictos positivos de competencias que permite a un tribunal que es competente para conocer de un litigio, *declinar* discrecionalmente su enjuiciamiento en favor de otro tribunal, cuya competencia se considera más *conveniente*. Y se configura como un instrumento corrector, en defensa del demandado, de los criterios de competencia que resultan inadecuados en atención a la escasa vinculación existente entre el litigio y la jurisdicción donde se encuentra el tribunal competente, elegido inicialmente por el demandante (en aplicación del «principio de proximidad»).

En ocasiones, el *forum non conveniens* también puede resultar útil frente a los abusos del *forum shopping* [una manifestación distinta, pero relacionada, del poder discrecional de un tribunal con respecto al ejercicio de su competencia es la del *forum conveniens*, que se produce cuando el tribunal decide ampliar dicha competencia, a litigios cuyo vínculo con el foro es tenue].

No existe unanimidad acerca de cuándo surge la doctrina del *forum non conveniens*, cuestión que, dependiendo de los investigadores, se suele cifrar en el siglo xvii o en el siglo xix. Es indubitada, en todo caso, su impronta anglosajona, si bien nació, curiosamente, en un ordenamiento de inspiración romanística, Escocia (bajo la denominación «inapropiada» de *forum non competens*), desde donde habría de expandirse a los ordenamientos de la familia del *common law*. Más recientemente se ha incorporado a algunos ordenamientos del *civil law* (p.ej., Québec), si bien se trata de un expediente de complejo y discutido encaje en estos sistemas jurídicos, que suelen regirse por normas de competencia judicial internacional rígidas y abstractas (y sometidas al Derecho constitucional a un juez predeterminado por la ley). La doctrina del *forum non conveniens* es de clara génesis y desarrollo jurisprudencial, en inequívoca sintonía con su asentamiento en ordenamientos de producción judicial del Derecho (*case law*), lo que implica que está en permanente evolución y ofrece resultados no siempre idénticos, en atención a la posición de los respectivos tribunales nacionales. No obstante, también existen normas legales (*statutory law*) que acogen dicha doctrina u ofrecen soluciones asimilables (mecanismos de remisión). Estas normas pueden ser de producción interna o convencional e, incluso, de producción comunitaria o europea (EU) [véanse, en este sentido, el art. 15 del Reglamento (CE) n.° 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DOUE* n.º L 338/1, de 23 de diciembre de 2003].

En el ámbito de la UE (donde conviven ordenamientos de *common* y *civil law*), en particular, se ha suscitado un singular debate sobre la adecuación del *forum non conveniens* al sistema de normas de competencia judicial internacional previstas en instrumentos generales como el Reglamento Bruselas I *bis* (antes, RBI) (Reglamento (UE) n.° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* n.º L 351/1 de 30 de diciembre de 2012), que la jurisprudencia europea (TJUE), ha resuelto en sentido negativo, si bien con un planteamiento no exento de incertidumbres (Asunto C-281/02, *Owusu*, DO C 106 de 30 de marzo de 2005).

La operatividad del mecanismo del *forum non conveniens* depende del cumplimiento de una serie de condiciones (requisitos) y de la evaluación por parte del tribunal de un conjunto de criterios o factores.

Por lo que respecta a los requisitos, hay que señalar, en primer lugar, que deberá ser el demandado quien inste la aplicación de mecanismo, lo cual tiene su lógica en la medida en que, habiendo elegido el demandante un tribunal competente para el ejercicio de su acción, la contraparte habrá de alegar y justificar su inconveniencia. Siendo ésta la regla general, no obstante, la *praxis* jurisprudencial y legislativa, en ocasiones ha reconocido al tribunal la potestad de activar de oficio este expediente. La solicitud de la aplicación del mecanismo del *forum non conveniens* habrá de hacerse mediante el cauce procesal habilitado a tal efecto en la ley del foro, y dentro de un período de tiempo razonable tras la interposición de la demanda.

Se trata, por otro lado, de una solicitud condicionada (*defendant's stipulation*), por regla general, a que el demandado se comprometa a someterse a la competencia del otro tribunal (compromiso que operará como mecanismo de atribución de competencia al otro tribunal), a poner a disposición de este otro tribunal todos los medios de prueba que están bajo su control y a cumplir la resolución firme y definitiva dictada por los tribunales del otro país).

Otro requisito que impone la figura del *forum non conveniens*, es la demostración de la existencia de un foro alternativo adecuado, pues, de lo contrario, el tribunal inicialmente competente deberá asumir el conocimiento del litigio. El análisis de este requisito (que, por regla general, es considerado como un requisito previo y obligatorio) debe (y suele, aunque no siempre) hacerse por separado. Primero, se analiza si existe un foro alternativo. Y, luego, si es un foro adecuado.

El cumplimiento del primer elemento, por su carácter directo y objetivo, plantea pocas dificultades, salvo en aquellos casos de países que contemplan mecanismos de rechazo (o limitación) de la competencia de sus tribunales cuando se les refiere un asunto por vía del *forum non conveniens*.

Sobre la *adecuación* del foro alternativo, cuya prueba también corresponde, por regla general, al demandado (si bien con la lógica contraprueba a cargo del demandante), no hay una posición idéntica en los ordenamientos que aceptan la doctrina del *forum non conveniens*, lo que obliga a un análisis de las respectivas jurisprudencias en su aplicación al caso. En el contexto inglés, donde se ha ido consolidando el test del «foro claramente más apropiado» (*clearly more appropriate forum*), destaca la sentencia del asunto *Spiliada Maritime Corp vs. Consulex Ltd.* [1986]. Y en los EE.UU., cuya referencia es la sentencia *Piper Aircraft Co. vs. Reyno* [454 U.S. 235(1981)], existe una fuerte presunción favorable a la elección hecha por el demandante, que no está obligado a elegir el foro más adecuado, si bien esa elección merecerá «menos deferencia» si el deman-

dante es extranjero. En todo caso, bastará con que el foro correspondiente le proporcione al demandante un «remedio suficiente» para su reclamación.

Analizada y comprobada la existencia de un foro alternativo y adecuado, la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* exige que el tribunal analice discrecionalmente una serie de *factores* (*numerus apertus*) que, a raíz del asunto norteamericano *Gilbert* (1947), suelen clasificarse en factores de interés privado y factores de interés público (si bien en la jurisprudencia británica, sólo son operativos los intereses privados). Normalmente, se analizan primero los factores de interés privado (aquéllos que afectan a las partes) y luego los públicos (aquéllos que afectan al país del foro), teniendo, por regla general, mucha más importancia los primeros, salvo cuando el demandante sea extranjero, en cuyo caso el análisis de los intereses de naturaleza pública cobrará relevancia. Entre los factores privados suelen analizarse la residencia de las partes (y de los eventuales testigos), la conveniencia del foro para las partes, el acceso a los medios de prueba necesarios para el pleito, incluyendo el coste de la presencia de testigos en el proceso y las posibilidades de forzar su comparecencia en caso de resistencia, la ejecutoriedad de la sentencia que recaiga, finalmente, en el proceso y cualesquiera otras circunstancias de carácter práctico que favorezcan un juicio rápido y eficiente.

Por su parte, entre los factores de interés público suelen analizarse la conexión del pleito con los intereses locales del correspondiente foro, junto con los consiguientes costes (y cargas) que supone para el foro elegido por el demandante, la congestión de los tribunales, así como la ley nacional que deberá ser aplicada por el correspondiente foro.

Si los requisitos y factores identificados llevan al tribunal competente a aceptar la solicitud de aplicar la doctrina del *forum non conveniens*, el tribunal tomará una decisión que, en el caso británico, suele adoptar la forma de suspensión (*stay*) del procedimiento, hasta que el otro tribunal acepte su competencia; y, en el caso norteamericano, supone la desestimación (*dismissal*) de la demanda, sin perjuicio (*without prejudice*) del eventual retorno del asunto al tribunal originalmente elegido, en caso de que el otro tribunal decida no conocer del asunto.

(Autor: Carlos Llorente Gómez de Segura.
Abogado. Profesor de Universidad).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ADRIÁN ARNAIZ, A.J. «*Forum non conveniens* y *Forum shopping* en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias». *Revista de Estudios Europeos*, septiembre-diciembre 2002, n.º 2, pp. 47-65. BRAND, R.A. y S.R. JABLONSKI. *Forum Non Conveniens. History. Global Practice and Future Under The Hague Convention on Choice Agreements*. Oxford: Oxford University Press, 2007. CARO, R. *Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional*. Reflexiones al hilo del asunto C-314/92 del TJCE. *Ladenimor S.A. vs. Intercomfinanz S.A.* (petición de decisión prejudicial de la *House of Lords* en el asunto Harrods). *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-1, pp. 56-79. CHALAS, Ch. *L'exercise discrétionnaire de la competénce jurisdictionnelle en droit International privé*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix, 2000. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. ¿Caben reducciones teleológicas o «*abuso del derecho*» *en las normas sobre competencia judicial internacional?* (Nota a R. Caro. *Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional*). *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-2, pp. 120-135. HERRANZ BALLESTEROS, M. *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. KARAYANNI, M. *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*. Trasnational Publishers Inc. 2004. NUYTS, A. *L'exception de forum non conveniens.* Étude de droit International privé comparé. París: LGDJ, 2003. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos. *Forum Non Conveniens Revisited: el Caso Spanair*. Cuadernos de Derecho Trasnacional, octubre 2011, vol. 3, n.º 2, pp. 267-281. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Nota a la Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, Andrew Owusu vs. N.B. Jackons («Villa Holidays Bal-Inn Villas») y otros*. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005-2, pp. 942-946. PALAO MORENO, G. *El forum non conveniens es incompatible con el Convenio de Bruselas (Comentario a la STJCE de 1 de marzo de 2005, en el asunto C-281/02, Owusu)*. Madrid: La Ley, n.º 6306, 2005-4, pp. 1425-1432. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Incompatibilidad del *forum non conveniens* con el Convenio de Bruselas de 1968». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 669-674.

VOCABLOS CONEXOS: *Forum shopping*.

FORUM SHOPPING

1. Introducción y concepto general

El *forum shopping* es una práctica que consiste en la elección del foro o jurisdicción más favorable para el interesado. Para los profesores Fernando HERVÁS del Parlamento Europeo, Brian HUGHES de la Universidad de Alicante y Ramón GARRIDO de la Universidad Pontificia de Comillas, la traducción más cercana de este concepto al castellano sería «búsqueda de un foro de conveniencia».

Éste no es un concepto nada nuevo, que viene siendo usado hace varias décadas, especialmente en países como los Estados Unidos de América, donde debido a su tamaño y a la organización de su sistema judicial, las partes tienen una variedad de alternativas donde iniciar su juicio. Allí la existencia de una gran cantidad de Estados con leyes diferentes y modos complicados, incluso ambiguos, de basar la jurisdicción, ha llevado a los abogados del demandante a buscar una corte que tenga reglas y leyes favorables a su causa, fabricando después sus argumentos para establecer la jurisdicción de la corte elegida. Por ello, para algunos la expresión *forum shopping* está referida a la actitud de las partes de ir «de compras para un foro».

1.1. Formas de forum shopping en los procedimientos civiles

El *forum shopping* en los procedimientos civiles puede adoptar distintas formas. A continuación, presentamos algunos ejemplos:

Formas de *forum shopping* en procedimientos civiles	
Falta de acuerdo del foro	Las partes de un contrato pueden no haberse puesto de acuerdo *ex ante* con respecto al foro o a la ley aplicable. En estos casos, el lugar dónde el demandante iniciará un proceso civil dependerá de varios factores, dependiendo del foro que estime más favorable para juzgar su caso.
Pacto expreso sobre el foro	Las partes de un contrato pueden pactar una «cláusula de elección de foro», también conocida en inglés como *choice of forum clause.* En estos casos, las partes irán de *shopping* de forma previa a firmar el contrato, buscando cuál de los foros le podría ser más favorable.
Juicios multicontrato	Las partes pueden firmar dos o más contratos que se encuentren coligados o relacionados entre sí, cada uno con su «cláusula de elección de foro». Frente a una controversia, podrán elegir activar una de las dos cláusulas, dependiendo de cuál les sea más conveniente.
Arbitrajes *vs*. cortes estatales	Las partes de un contrato pueden elegir una cláusula arbitral como su «cláusula de elección de foro». Sin embargo, el demandante puede intentar evadir la aplicación de esta cláusula demandando ante un foro civil que sabe que le va a ser más beneficioso.

1.2. Motivaciones para el forum shopping *en los procedimientos civiles*

Así como el *forum shopping* puede adoptar diferentes formas, también puede responder a distintas motivaciones:

Motivaciones para el *forum shopping* en procedimientos civiles	
Hacer ejecutable la sentencia final	En los casos donde las partes no han pactado un foro específico, el presentar una demanda en una jurisdicción que tiene fuertes vínculos con el contrato o con las partes, evitaría que se cuestione la validez de la sentencia, y favorecería su ejecución, no sólo en el mismo foro donde ésta fue emitida, sino en cualquier otro donde se podría requerir un exequátur.
Obtener una ventaja	Algunas partes prefieren demandar ante el foro de su nacionalidad con la idea de que los jueces o el jurado de dicho foro les van a ser más favorables o, por lo menos, van a ser más empáticos con ellos. Esto es lo que en inglés se llama *home advantage.* Otras se podrían inclinar a elegir un foro cuyas normas (en especial, las procedimentales), les sean más familiares, en especial cuando lo que pretenden es que se aplique algún concepto inexistente en otros foros o que se regula de forma distinta.
Reducir costos e incrementar comodidad	Las partes pueden querer elegir un foro en donde litigar les sea más barato, el acceso físico les sea más fácil, las instalaciones les sean más cómodas y estén mejor equipadas.

Las motivaciones, por lo general, son complejas y variadas y no encajan en un solo tipo. Esto hace que las partes tengan que hacer un análisis costo-beneficio detallado y una identificación clara de sus prioridades.

Además, es importante que las partes tengan en cuenta que la elección de un foro determinado puede causar una reacción defensiva en la parte demandada, motivándola a que haga su propio *forum shopping* al presentar una contrademanda en otro foro o al presentar futuras demandas.

1.3. Límites al forum shopping *en los procedimientos civiles*

Existen varias formas de limitar el uso del *forum shopping* en los procedimientos civiles, a efectos de evitar la afectación de los derechos fundamentales de las partes, tales como el derecho al debido proceso, el derecho a ser escuchado, el derecho a la igualdad de trato, entre otros. Algunos ejemplos son:

Limitaciones para el *forum shopping* en procedimientos civiles	
Test de razonabilidad	Desde la perspectiva del demandado extranjero, el alcance de la competencia jurisdiccional de los tribunales de un Estado debe estar sujeto a un análisis de razonabilidad, que considere algunos criterios claves como: i) la potencial afectación de los derechos del demandado; ii) el posible conflicto de soberanía que podría suscitarse con el país de origen o del domicilio del demandado; y iii) el foro más eficiente para resolver la controversia.
Tratados bilaterales y multilaterales	El *forum shopping* puede ser limitado por tratados y convenciones bilaterales y multilaterales sobre competencia jurisdiccional que hayan sido ratificados por los Estados. Este tipo de convenciones dejan de lado las reglas domésticas de cada país y establecen reglas generales para todos los Estados firmantes. Por ejemplo, la Unión Europea cuenta con el Reglamento de Bruselas I y la Convención de Lugano.
Leyes locales	Muchas leyes locales limitan la posibilidad de las partes de llevar a cabo *forum shopping* mediante el otorgamiento de competencia jurisdiccional exclusiva a sus tribunales para conocer determinados casos. Por ejemplo, el Código Civil peruano (art. 2058, inc. 1), confiere competencia jurisdiccional exclusiva a los tribunales peruanos para conocer de las acciones reales sobre predios situados en el Perú, aun cuando éstas se entablen contra personas no domiciliadas en el país.
El principio de *forum non conveniens*	Una parte puede pedirle a un tribunal que se declare incompetente para resolver respecto de una controversia basada en la existencia de un supuesto de *forum non conveniens*, el cual implica que el foro elegido por el demandante es altamente inconveniente para el demandado o que existen foros alternativos en los cuales el demandado se vería menos afectado.
La cláusula de *exeptio incompetentiae internationalis*	Algunos tratados bilaterales permiten al demandado presentar una excepción de incompetencia internacional, llamado en latín *exeptio incompetentiae internationalis*. Esta excepción, si bien no limita la posibilidad de que un foro se declare competente para resolver una controversia, permite a la parte que la interpuso, cuestionar el posterior reconocimiento y ejecución (exequátur) de la sentencia emitida por ese foro. Normalmente, para que una parte pueda hacer efectiva esta excepción, debe haberse reservado, desde el inicio, el derecho de interponer dicha excepción.
Los *anti-suit injunctions*	En algunos países existe la posibilidad de presentar recursos contra litigios que están siendo conocidos por tribunales extranjeros, conocidos como *anti-suit injunctions*. Así, por ejemplo, el Código Civil peruano (art. 2066) establece que «cuando esté pendiente una acción anterior sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, el tribunal peruano suspenderá la causa si puede prever que la jurisdicción extranjera emitirá, dentro del lapso no mayor de tres meses, una resolución que pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú». De llegar a darse dos sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, las leyes de los países normalmente dan preferencia a la ejecución de aquélla que fue pronunciada anteriormente.

El fraude a la ley	Los tribunales de algunos países utilizan el «fraude a la ley» para limitar el *forum shoppin*g. Por ejemplo, los tribunales peruanos declararon improcedente la petición de exequátur (expediente n.º 3088-79) en un caso de reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida por un tribunal de República Dominicana, donde los cónyuges alegaron que «viajaron expresamente a ese país con el propósito de eludir las disposiciones de la ley peruana que no permite realizar divorcios en tan corto tiempo, y que el único objeto fue terminar su vínculo matrimonial en la forma más breve posible».
Los requisitos para el exequátur	Algunos Estados exigen requisitos para reconocer y ejecutar sentencias emitidas por tribunales extranjeros que están orientados a limitar el *forum shopping.* El Código Civil peruano (art. 2104, inc. 2) incluye, por ejemplo, el requerimiento de que el tribunal extranjero emisor de la sentencia, haya sido competente para conocer el asunto, no sólo de acuerdo a las normas de competencia jurisdiccional de su país (normas de DIPr), sino también de acuerdo a los principios generales de competencia procesal internacional.

2. Forum shopping *y arbitraje internacional*

La discusión sobre *forum shopping* y arbitraje internacional se debe iniciar marcando la diferencia con el *forum shopping* en los procedimientos civiles. En estos últimos, este concepto, como ya se vio anteriormente, se relaciona, con la elección de uno o más tribunales judiciales y de sus respectivas reglas locales en función del mayor beneficio que brindarían a los intereses de las partes. Diferente es el caso del arbitraje internacional, donde la relación con el *forum shopping* se sustenta en la búsqueda de las partes de una sede arbitral y de reglas arbitrales que más les convengan.

Hay varias formas de llevar a cabo el *forum shopping* en el arbitraje. Veamos algunos ejemplos:

1.1. Forum shopping *entre arbitraje y proceso civil*

	Forum shopping entre arbitraje y proceso civil
Cuando no existe contrato ni cláusula arbitral	Puede ocurrir que dos partes no hayan firmado un contrato en físico o que habiéndolo firmado no hayan incluido una cláusula arbitral. En cualquiera de los dos casos, la parte que quisiera iniciar un proceso arbitral, en lugar de un proceso civil, podrá elegir cualquier sede o reglamento arbitral, siempre que el demandado acepte la elección de foro arbitral y reglas arbitrales sin objetarlas, y que el tribunal arbitral confirme su propia jurisdicción.
Cuando se demanda a una parte no-signataria	En estos casos, la parte demandante podría hacer *forum shopping* al elegir entre presentar su demanda ante alguna corte local o ante un tribunal arbitral, buscando en este último caso que se le extienda a la parte no-signataria, el convenio arbitral.
Cuando existe una cláusula con dos opciones	Algunos contratos o tratados contienen esta cláusula, llamada en inglés *fork-in-the-road clause*, que brinda distintas opciones en lo que respecta a la jurisdicción, ante la cual se puede presentar una demanda. Por ejemplo, dicha cláusula podría permitir elegir entre llevar el caso ante un tribunal nacional o ante un tribunal arbitral.

1.2. Forum shopping *dentro del arbitraje*

	Forum shopping de cláusula arbitral
Arbitraje contra el Estado	Puede ocurrir que una empresa tenga un contrato con un Estado que incluya una cláusula arbitral; y que este último, de forma paralela, haya firmado un Tratado Bilateral de Inversiones con el Estado al que pertenece la empresa firmante del contrato. En este escenario, la empresa podría llevar a cabo un *forum shopping* al decidir entre someter un problema vinculado con su contrato a un arbitraje comercial o a un arbitraje de inversiones.
Arbitraje multicontrato	Se da cuando dos o más partes firman dos o más contratos que se encuentren coligados o relacionados entre sí y cada uno tiene una cláusula arbitral distinta. Debido a su vinculación, las partes podrían elegir la cláusula arbitral que más les convenga.

1.3. Forum shopping *de sede arbitral y de reglas arbitrales*

	Forum shopping de sede arbitral y de reglas arbitrales
Modificación posterior	Puede darse el caso de que una parte inicie un arbitraje en una sede que no concuerda con la pactada en la cláusula arbitral o intente aplicar reglas distintas a las señaladas en dicha cláusula. Esto ocurre normalmente cuando, al momento del surgimiento de la controversia, la parte se da cuenta, a través del *forum shopping,* que existen otras sedes o reglamentos más beneficiosos para el caso concreto. En este supuesto, si la otra parte accede o, en todo caso, no se opone y continúa con el arbitraje bajo las nuevas circunstancias, entonces, se entenderá como un acuerdo posterior de las partes, el cual será totalmente válido.
Cláusula de arbitraje abierta	En algunos casos, las partes pueden pactar en un contrato una cláusula de arbitraje abierto, también llamada *home-and-home arbitral agreement.* En este tipo de cláusulas no se incluye la sede del arbitraje, dejando dicha decisión para el momento del inicio del mismo. De esta forma, las partes pueden, en función del tema central de la controversia, elegir la sede que más les convenga a ambas.

1.4. Forum shopping *de ley sustantiva*

	Forum shopping de ley sustantiva
Aplicación del Derecho Internacional en los Tratados	A la hora de elaborar los TLCs o BITs, las partes firmantes pueden llevar a cabo un *forum shopping* de ley sustantiva a través de la elección de la *Lex Mercatoria* y el Derecho internacional como la ley sustantiva que deberán aplicar los árbitros. Esto claramente busca impedir la aplicación de la ley sustantiva de la otra parte firmante, evitando poner en una situación de ventaja, tanto al inversionista como al Estado que está siendo demandado. Algunos ejemplos de Tratados que contienen este tipo de disposiciones son el BIT Sri Lanka-Reino Unido, BIT EEUU-Congo y el Nafta.
Arbitraje de inversiones *vs.* Arbitraje comercial	Cuando se busca iniciar un arbitraje contra un Estado, puede existir la opción de ir a través de un arbitraje comercial o a través de un arbitraje de inversiones basado en un Tratado. En muchas ocasiones, se elegirá ir a través de un arbitraje de inversiones basado en un Tratado de Libre Comercio o de un BIT, en tanto que estos Tratados muchas veces contienen una cláusula de ley aplicable que permite, además de aplicar una ley etática, la aplicación de principios del Derecho internacional.

Elección entre distintos Tratados	Cuando se busca iniciar un arbitraje contra un Estado, puede también existir la posibilidad de tener más de un Tratado aplicable, eligiendo aquél que más conviene. Un ejemplo interesante es la comparación entre el Convenio Ciadi y el Tratado de la Carta de Energía (TCE). El primero señala que se aplicarán las «reglas del Derecho» elegidas por las partes, permitiendo libre aplicación de reglas de distintos orígenes, incluyendo aquéllas que no se derivan de sistemas nacionales. Por otro lado, el TCE incluye cuatro modalidades específicas de arbitraje: a) Ciadi; b) Mecanismo Complementario del Ciadi; c) *Ad hoc* bajo reglas Cnudmi; y d) Cámara de Comercio de Estocolmo. El TCE, además, contiene una disposición que le permite al demandante acudir a cortes nacionales o iniciar un arbitraje comercial cuando no se encuentre a gusto con la modalidad de arbitraje elegida. Teniendo esto en cuenta, queda claro que una empresa preferirá ir a través del TCE, en tanto que brinda mayores opciones.

1.5. **Forum shopping** *para la ejecución y anulación*

	***Forum shopping* para la ejecución y anulación**
Exequátur *shopping*	En algunos casos, frente a la anulación de un laudo por los tribunales de la sede, la parte en desacuerdo con la anulación del laudo hará *forum shopping* para buscar un foro extranjero cuyos tribunales ejecuten el laudo aun habiendo sido anulado. Esto es posible en tanto que varios tribunales, en especial de Francia y de EE.UU., consideran que las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquéllas relativas al exequátur, no producen efectos internacionales. Algunos ejemplos son los casos 1) *Société Pabalk Ticaret vs. Société Norsolor*, 2) *Hilmarton vs. OTV*, 3) *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai, DAC vs. Société International Bechtel Co*. y 4) *PT Putrabali Adyamulia vs. Rena Holding*.
Anulación shopping	En otros casos, frente a un laudo que no ha sido anulado en el lugar de la sede, una parte puede intentar presentar un recurso de anulación en un país distinto al de la sede, normalmente, el país cuya ley es la aplicable. Algunos pocos tribunales han asumido jurisdicción en estos casos, como ocurrió en el caso *Four Seasons Hotels vs. Consorcio Barr*, y en el caso *Nirma Ltd. vs. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH and others*, donde tribunales venezolanos e indios, respectivamente, anularon laudos, aun cuando estos países no eran la sede de los arbitrajes cuyos laudos anularon.

1.6. Motivaciones para llevar a cabo un **forum shopping** *en el arbitraje*

Algunas de las motivaciones que podrían incentivar el uso del *forum shopping* en el arbitraje, son las siguientes:

	Motivaciones para el *forum shopping* en el arbitraje
Continuidad del arbitraje y ejecutabilidad del laudo	Las partes podrían elegir una sede arbitral que tenga un sistema legal que proteja al arbitraje, evitando así interrumpir la continuidad del mismo y que permita, además, una efectiva y eficiente ejecución del laudo.
Obtención de una ventaja	Algunas partes prefieren elegir como sede el país del cual son nacionales, y como ley sustantiva aplicable, la ley del país del cual son nacionales. Lo que se busca aquí es lograr un *home advantage*, a través de la elección de árbitros nacionales, los cuales tienen, además, conocimiento de la ley sustantiva del lugar de la sede.

Buenas reglas arbitrales y cortes nacionales	Las partes siempre van a preferir una sede que cuente con una ley de arbitraje que beneficie más al arbitraje que quieren llevar a cabo. Además, van a buscar que la sede cuente con cortes nacionales que protejan e incentiven el arbitraje (ejemplo: recurso de anulación con causales restringidas).
Reducción de costos	Las partes también pueden elegir una sede o una modalidad de arbitraje en función de los menores costos que implica, de su mayor accesibilidad y de la comodidad y equipamiento de sus instalaciones.

Al igual que en el caso del *forum shopping* en los procesos civiles: i) las motivaciones para llevar a cabo *forum shopping* en el arbitraje, son complejas y variadas y hacen necesario que las partes analicen con cuidado sus costos y sus beneficios; y ii) las partes también deberán tener en cuenta que la elección de un foro determinado puede causar una reacción defensiva en la parte demandada.

1.7. Límites al forum shopping en el arbitraje

En el ámbito arbitral también existen algunos mecanismos a través de los cuales se busca limitar la utilización del *forum shopping:*

	Limitaciones para el *forum shopping* en el arbitraje
Posibilidad de resolver sobre su propia competencia	En los casos de *forum shopping* entre arbitraje y fuero civil, el mecanismo más utilizado es la atribución de competencia, ya sea al tribunal arbitral (principio de *competence-competence*), a la corte civil o a ambos, para que éstos resuelvan sobre su propia competencia y puedan declararse incompetentes en caso así lo consideren. Muchas leyes nacionales complementan este mecanismo con otro: la excepción de convenio arbitral, que obliga a la corte civil a declararse incompetente frente a la existencia de una cláusula arbitral, salvo que ésta sea manifiestamente nula.
Delimitación del contenido específico	Este mecanismo fue implementado en el caso *SGS Société Générale de Surveillance vs. The Islamic Republic of Pakistan*, en el cual Pakistán inició un arbitraje comercial nacional, siguiendo lo señalado por el contrato, y posteriormente, SGS inició un arbitraje de inversiones Ciadi, a través del BIT Suiza-Pakistán. El tribunal Ciadi resolvió que todo lo relacionado con incumplimientos contractuales específicos, se tenía que ver a través del arbitraje comercial nacional, mientras que todo lo relacionado con incumplimiento de garantías reguladas por el BIT, podía ser visto a través del arbitraje de inversiones.

2. Conclusión

En el arbitraje comercial internacional existe siempre el riesgo latente de que existan dos arbitrajes paralelos, decidiendo sobre la misma controversia. Sin embargo, la adopción cada vez más extendida de la Ley Modelo Cnudmi, está generando una estandarización de las reglas aplicables al arbitraje y de la forma de entender principios arbitrales como el *competence-competence*, lo que hace más difícil que existan criterios opuestos a la hora que un tribunal determina si es competente o no.

(Autores: María Antonieta Delgado Menéndez y Milan Pejnovic Delgado.
Profesores de Derecho internacional privado y Arbitraje de la
Pontificia Universidad Católica del Perú).

Referencias bibliográficas: Correa, Diana. «El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral». *Revist@ e-Mercatoria*, 2008, vol. 7, n.° 2, http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/reconocimiento.pdf. Hervás, Fernando, Brian Hughes y Ramón Garrido. «La traducción de *forum shopping*». *Punto y Coma*. Boletín de los traductores españoles de las instituciones de la Unión Europea http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/79/pyc796_es.htm. Kreindler, Richard H. «*Arbitral Forum Shopping*». *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. París: ICC Institute of World Business Law. ICC Publishing, 2005. Sondow, Michael. *Privatizando la justicia. El arbitraje en los tratados comerciales internacionales*, http://www.voltairenet.org/article178233.html.

Referencias normativas: BIT EE.UU.-Congo (1984). BIT Suiza-Pakistán (1995). BIT Sri Lanka-Reino Unido (1980). Código Civil peruano (1984). Convenio Ciadi (1966). Convenio de Lugano (2007). Ley Modelo de Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nafta-North American Free Trade Agreement (1994). Reglamento Bruselas I (2000). Tratado de la Carta de Energía-TCE (1997).

Referencias jurisprudenciales: *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'*Émirat de Dubai, DAC v*s. Société International Bechtel Co.*, expediente n.º 3088-79 (Perú). *Four Seasons Hotels vs. Consorcio Barr. Nirma Ltd. vs. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH and others. PT Putrabali Adyamulia vs. Rena Holding. SGS Société Générale de Surveillance vs. The Islamic Republic of Pakistan*. *Société Pabalk Ticaret vs. Société Norsolor. Hilmarton vs. OTV*.

Vocablos conexos: *Anti-Suit Injunctions.* Arbitraje del Estado. Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). Competencia sobre la competencia. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi). Duplicidad de procedimientos. Ejecución de laudos. Ejecución de laudo anulado. Exequátur. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. *Forum non conveniens*. Ley aplicable al arbitraje. Ley Modelo Cnudmi. *Lex contractus. Lex fori.* Sede del arbitraje. Tratado de la Carta de Energía. Tratados de Libre Comercio.

Fuentes del Derecho arbitral

En líneas generales, las fuentes de una disciplina jurídica pueden estar, tanto en los tratados internacionales como en leyes internas –escritas o consuetudinarias–, dependiendo del ordenamiento de que se trate. El Derecho arbitral no es ajeno a esta afirmación; pues el arbitraje tiene como fuentes a la ley de los Estados y al Derecho internacional.

Asimismo, tienen cabida en el sistema de fuentes de la disciplina arbitral, tanto los principios del arbitraje como los principios generales del Derecho; y, además, cabe decir que el arbitraje no es ajeno a la jurisprudencia ni a la doctrina en la medida en que sea aplicada por los árbitros.

En este contexto, es oportuno señalar que, independientemente, de las fuentes que aquí se mencionan, hay consideraciones en torno a que el arbitraje podría aparecer como un orden espontáneo (al respecto, es interesante el trabajo de Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto titulado «El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo», publicado en la *Spain Arbitration Review*, n.º 22/2015).

1. Fuentes del Derecho internacional

Normalmente, la doctrina asume como fuentes del Derecho internacional a las enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En resumen, los tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del Derecho y la doctrina científica. Pero, en todo caso, para considerar las fuentes del Derecho arbitral, hay que discernir primeramente ante qué tipo de arbitraje estamos. En este sentido, el sector del arbitraje se vuelve fundamental.

En este contexto, cabe decir que las siguientes líneas intentan describir el panorama de las fuentes en el sentido de que, por un lado, no debe pensarse que el arbitraje es una institución de y para cuestiones de Derecho interno (y, por lo tanto, ajeno a todo lo que no sea la legislación arbitral de los Estados); y, por otro lado, que es importante tener en cuenta el ámbito geográfico de las normas supranacionales que inciden en la institución arbitral.

1.1. Fuentes de Derecho internacional convencional

Las fuentes del arbitraje en el marco del Derecho internacional obligan a hacer mención a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la cual rige la validez, invalidez, vigencia o reservas de los tratados, entre otros aspectos. Los tratados en materia arbitral se rigen por esta Convención por su misma naturaleza de tratados.

En todo caso, en el terreno del arbitraje internacional conviene hacer diferencia entre los litigios arbitrales interestatales, los litigios de arbitraje comercial internacional y los arbitrajes de inversiones. La razón es la siguiente, en el arbitraje entre Estados y en el arbitraje de inversiones no es difícil que se puedan alegar y aplicar normas consuetudinarias propias del Derecho internacional público; mientras que, cuando hablamos de arbitraje comercial internacional, el sistema de fuentes es más próximo al Derecho internacional privado.

Desde el punto de vista geográfico, los tratados pueden agruparse en dos: los de validez internacional y los de validez regional (que no dejan de ser internacionales, pero se hace necesario remarcar el ámbito diferenciado entre los unos y los otros).

Entre los tratados internacionales (no regionales) puede citarse, por ejemplo, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York en 1958 (más próxima al Derecho internacional privado) y la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (más próxima al Derecho internacional público).

1.2. Fuentes de Derecho internacional convencional de ámbito regional

En lo que concierne al arbitraje comercial internacional, la validez de estas fuentes se ciñe a un ámbito geográfico determinado. En Latinoamérica, por ejemplo, forman parte del sistema de fuentes del arbitraje internacional regional, la Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Y, en Europa, el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

1.3. Fuentes de Derecho internacional bilateral

Entre éstas podemos citar, por ejemplo, los tratados de libre comercio, en los convenios de doble imposición (que prevén cláusulas arbitrales para casos de disconformidad de los contribuyentes) o los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones.

2. Fuentes de Derecho interno

Las leyes de los Estados son fuente genuina de procedimientos arbitrales, que pueden seguir un criterio monista o dualista, según el tratamiento que den al arbitraje nacional y al internacional. En este escenario cobra especial importancia la Ley Modelo Uncitral, la que si bien no es una fuente en sentido estricto o de derecho positivo vigente, sí es una fuente de inspiración legislativa.

En España, por ejemplo, una norma interna es la Ley de Arbitraje de 2003.

3. La voluntad de las partes

La voluntad, la autonomía de la voluntad para ser más exactos, es la génesis del arbitraje.

En este sentido, la aplicabilidad de una ley determinada, sea para el fondo del asunto o para regir el procedimiento arbitral, en tanto sede del arbitraje, viene condicionada por la elección de las partes. En esta medida, la voluntad de las partes se constituye como una fuente del arbitraje.

4. Los reglamentos de las cortes de arbitraje

Estos reglamentos constituyen fuente del arbitraje, en la medida en que regulan actuaciones, la constitución del tribunal, el procedimiento arbitral, entre otros aspectos.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Vocablos conexos: Cultura arbitral. Confluencia de tradiciones jurídicas. Convenio de Ginebra. Convenio de Nueva York. Convenio de Washington.

G

Globalización

Un rasgo de la globalización es el cambio en los modelos de producción, en el sentido de que se observa una deslocalización de la actividad económica que facilita los traslados de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro (Arnaud). Otro rasgo de la globalización es una extensión geográfica sin precedentes, de *interdependencia*, la cual ha incidido en países que han tenido o tienen una organización económica y social distinta, como es el caso de China, pero que no han podido desentenderse del funcionamiento de la economía mundial (Carrillo Salcedo).

En este contexto, la administración de justicia de los Estados empieza a no ser la más apropiada para las necesidades de los justiciables, cuando los operadores jurídicos de estas instancias estatales ven al Derecho internacional con la desconfianza derivada de su desconocimiento.

Frente al conocimiento poco profundo del Derecho internacional público y privado por parte de la justicia doméstica en algunos Estados y al problema de saturación de causas en los órganos judiciales estatales, el arbitraje se erige como un mecanismo ideal entre empresas de actividad transfronteriza. Pero, además, no sólo se erige como mecanismo de solución de controversias entre compañías, sino también como medio de solución de controversias entre Estados y compañías. El arbitraje prolifera y está en auge y podría decirse que el auge del arbitraje internacional es una de las consecuencias de la globalización, o lo que es lo mismo, que la globalización incide como un factor de la expansión de la figura arbitral internacional motivada por la búsqueda de soluciones a problemas y controversias que el comercio y las inversiones traen consigo por su dimensión transfronteriza.

Entendiendo la interdependencia como un factor clave de la globalización (acentuado hoy más que nunca por el desarrollo de las nuevas tecnologías), los Estados comenzaron a darse cuenta de que la figura arbitral sería cada vez más solicitada para la solución de controversias, lo que exigía establecer unos estándares mínimos o un marco procesal mínimamente homogéneo, sobre todo en lo que a reconocimiento y ejecución de laudos se refiere y en aras de una seguridad jurídica mínimamente compartida.

Es así como hace más de medio siglo apareció la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual, a su vez, ha sido considerada por la doctrina como el detonante de la globalización del arbitraje internacional (Hermida del Llano y Gonzalo Quiroga), señalándose que con tal Convención empieza la globalización en la institución arbitral, por lo que se le considera como un auténtico instrumento promotor y precursor del arbitraje internacional.

En el marco de la globalización, posiblemente, sea estratégico pensar en la unificación o armonización de los reglamentos de las instituciones arbitrales en el seno de los Estados cuyas instituciones arbitrales comparten estándares. Esto, pensando en un empuje (no a corto plazo) al auge del arbitraje interno e internacional. La razón de pensar en que esto sería estratégico es doble: aparece en una perspectiva académica y en una perspectiva profesional. En perspectiva profesional, porque un reglamento único permitiría una mejor difusión de las normas procesales de cara a los abogados, quienes, sobre el terreno, no verían el procedimiento arbitral como un conjunto de «laberintos procesales», cada cual con sus propias reglas y con los cuales ha de familiarizar tantas veces como a tantas cortes distintas le toque acudir. Y en perspectiva académica, porque un reglamento único permitiría la fácil introducción del reglamento, dentro de los manuales de Derecho procesal; porque los mismos alumnos –desde la carrera– verían la luz procesal del arbitraje frente a los laberintos procesales en los que hay que incursionar en la asignatura de Derecho internacional privado para cuestiones de determinación de la jurisdicción competente y ley aplicable, los cuales serán igualmente complicados en la futura práctica profesional; y porque con estas circunstancias, posiblemente, el arbitraje entre en la cultura popular de la abogacía cotidiana con mayor facilidad. Debemos confesar que no hemos profundizado en la idea que aquí comentamos.

En la globalización, el riesgo de aumento de litigios con elementos de internacionalidad, crece, lo cual amenaza con dar lugar a un crecimiento de la litigiosidad en los juzgados. Si el arbitraje en cada Estado logra

ganar la confianza de los litigantes (no es necesario repetir las ventajas del arbitraje frente a la justicia ordinaria) entonces, el riesgo de saturación de la justicia estatal disminuye.

En suma, para el arbitraje, la globalización es un factor que ha motivado la expansión del arbitraje y el arbitraje puede ser un factor para el buen desarrollo del comercio en el marco de la globalización.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Arnaud, André-Jean y María José Fariñas Dulce. *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico del Derecho*. Madrid: BOE, 2006. Carrillo Salcedo, J. «Permanencias y cambios en el Derecho internacional». *Cursos Euromediterráneos Bancaixa de Derecho internacional,* 1999, vol. iii. Hermida del Llano, Cristina. «El arbitraje y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho comunitario». En Collantes González, Jorge Luis (dir.). *El arbitraje en las distintas* áreas *del Derecho*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 4.

Vocablos conexos. Arbitraje. Confluencia de tradiciones jurídicas (en el arbitraje). Convenio de Nueva York de 1958.

H

Heterocomposición

La heterocomposición se refiere a un medio o vía de resolución de conflictos en el cual, a instancia de la parte o partes en litigio, interviene un tercero, persona física individual u órgano colegiado, que se compromete o está obligado a emitir una resolución en la que decida dicho litigio a favor de una o de otra de las partes, decisión que éstas deberán acatar. Para que podamos hablar de heterocomposición, es necesario, por tanto, no sólo la presencia de una tercera persona ajena al litigio, sino, además es preciso que ésta resuelva el litigio de forma vinculante para las partes. No es suficiente, por tanto, su mera presencia, como sucede, por ejemplo, en la mediación, proceso éste en que la persona mediadora no resuelve el conflicto sino que son las partes inmersas en él las que, mediante un posible acuerdo, ponen fin al mismo. En la heterocomposición, la decisión del conflicto recae en el tercero, en la persona ajena al litigio de las partes.

El concepto de heterocomposición nace como contraposición al término «autocomposición», considerado este último «feliz hallazgo del genial procesalista de Milán», Carnelutti, en su obra *Sistema di Diritto Processuale Civile* [Alcalá-Zamora y Castillo].

El litigio o el conflicto entre dos esferas de intereses contrapuestos puede solventarse bien por decisión imperativa de un tercero (heterocomposición), bien por obra de los propios litigantes, en cuyo caso encontramos, a su vez, dos perspectivas: de un lado, cuando uno de los litigantes impone a la otra parte el sacrificio de su interés (autodefensa); de otro lado, cuando uno de los litigantes «consiente el sacrificio de su propio interés» (autocomposición) [Alcalá-Zamora y Castillo].

La autodefensa se caracteriza esencialmente porque la decisión del litigio la toma una de las partes, imponiéndola a la otra parte, sacrificando el interés de esta última. Se suele llevar a término, por tanto, sin la intervención de un tercero imparcial, distinto de las partes. Ha sido considerada como una solución «deficiente y peligrosa», por lo que los ordenamientos jurídicos de los Estados la prohíben como regla general, salvo supuestos excepcionales, como la legítima defensa del orden penal, probados en juicio [Alcalá-Zamora y Castillo].

La autocomposición, recordemos, aquélla que supone la resolución del litigio por la decisión de las propias partes inmersas en él, puede consistir tanto en un acuerdo basado en las concesiones mutuas de las partes (transacción), con menor o mayor grado de satisfacción de las partes implicadas, como también puede consistir en que una de ellas se «retire» de la contienda, ya sea porque una de las partes abandone sus pretensiones (renuncia o desistimiento), ya sea accediendo a las peticiones de la otra parte (allanamiento).

Si termina en pacto, la autocomposición puede aparecer como el medio a través del cual todas las partes del conflicto quedan satisfechas, puesto que el conflicto ha finalizado con un acuerdo que tiene presente los intereses compatibles de todas ellas cuando, en realidad, en algunos casos, el pacto puede encubrir la renuncia del interés propio de aquélla de las partes que ofrece menor resistencia a ceder sin exigir nada a cambio o, también, que ha llevado a cabo una representación errónea de su posición, por lo que cede más en sus pretensiones.

De todo ello resultaría que la heterocomposición se presenta, en principio, como el medio más idóneo, por cuanto que supone obtener un resultado justo y pacífico del conflicto, adoptado por un tercero, con base en unas normas jurídicas o conforme a equidad. En el caso concreto, ello ya dependería de múltiples condicionantes: desde la legislación aplicable en el medio heterocompositivo de que se trate, la organización política o procesal, según sea el caso o también de la profesionalidad y la ética de quienes ejercen la función de resolución de conflictos ajenos.

Los medios heterocompositivos, como los anteriores, pueden ser también poco satisfactorios cuando imponen soluciones a las partes sin tener en cuenta las circunstancias particulares en las que éstas se encuentran, por falta de tiempo de los terceros que deciden, cuando la aplicación estricta de la ley ofrece dicho resultado considerado injusto, o porque la norma tampoco puede dar una solución que satisfaga los intereses de todas ellas.

En algunos casos, parece que sería conveniente un acuerdo entre partes, cuyo resultado podría obtenerse por la intervención de un tercero quien, sin decidir ni imponer, favoreciera que el diálogo entre ellas fuera posible (por ejemplo, en el ámbito de las relaciones personales o familiares, en temas de reparto de herencias, entre otros), toda vez que propiciaría el equilibrio de poderes de las partes, evitando con ello alcanzar acuerdos desiguales, porque una de las partes se ha formado una representación errónea de la realidad o porque la otra parte, más fuerte anímicamente, le reconduce a adoptar forzadamente un acuerdo. No cabe duda, sin embargo, de que ante la ausencia de voluntad de pacto de las partes o de cumplimiento de una obligación previamente contraída, por ejemplo, generadora de un conflicto, son los medios heterocompositivos, cuyos procedimientos terminan con una resolución que debe ser acatada por las partes, los que permiten la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos de los particulares a través de resoluciones, sea sentencia, sea laudo, que ponen fin al conflicto y que tienen carácter ejecutivo.

Se ha considerado que existe una posición intermedia entre heterocomposición y autocomposición que la ocuparía la conciliación. Se trata de un procedimiento, previo o como fase del proceso judicial, que tiene como finalidad el procurar avenir a las partes, para que alcancen un acuerdo, con la particularidad de que en dicho proceso interviene una tercera persona, ajena al conflicto; el conciliador, que puede proponer opciones de solución a las partes, quienes voluntariamente pueden o no aceptar. Esta situación intermedia sucedería en el caso de que la conciliación terminase sin avenencia de las partes, puesto que no sería un medio autocompositivo, por falta de acuerdo, pero tampoco heterocompositivo, por cuanto el conciliador no impone su decisión a las partes. Por el contrario, si el tercero que dirige la conciliación aconseja a quien ha presentado la papeleta de conciliación que renuncie o desista de su pretensión, o a la otra parte, que se allane o, como tercera opción, que ambas partes se hagan recíprocas concesiones, esto es, que transijan. En los tres casos nos hallaríamos ante las tres modalidades de vía autocompositiva, anteriormente mencionadas [Alcalá-Zamora y Castillo].

Retomando el discurso inicial, dos son los medios o métodos clásicos heterocompositivos: el proceso judicial y el arbitraje. En el primero, el proceso judicial, el tercero es un juez, magistrado o un órgano colegiado, un funcionario u órgano público, que resuelve el conflicto de las partes en la sentencia judicial. En el segundo, el tercero es un árbitro, un profesional experto, contratado por las partes y al que voluntariamente se someten para que resuelva el conflicto que puedan tener entre ellas, a través del laudo arbitral. La celeridad del procedimiento arbitral, su flexibilidad y su carácter más económico en relación con el proceso judicial unido al carácter ejecutivo de su laudo arbitral, como si de una sentencia judicial se tratara, son factores determinantes en el aumento del número de solicitudes de resolución de litigios por esta vía heterocompositiva, que es el arbitraje, en particular, en conflictos internacionales.

(Autora: Isabel Viola Demestre. Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. «Proceso, autocomposición y autodefensa». *Textos universitarios*. México D.F.: UNAM, 1970, 2.ª edición. *Diccionari català-valencià-balear, iniciada per Mn. Antoni Alcover, redactat per Francesc de B. Moll, amb la col·laboració de Manuel Sanchís Guarner*, tomo iii, p. 344. («compondré», *acepció* iv, 5. a). Palma de

Mallorca, 1954, tomo VI, p. 519 («hetero-»). Sastre Ibarreche, Rafael. «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR». En Velarde Aramayo, M. Silvia. *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2006, pp. 11 a 70.

Vocablos conexos: Arbitraje. Conciliación. *Dispute Boards*. Mediación.

I

Idioma del procedimiento

El idioma conforme al cual se sigue un procedimiento arbitral adquiere relevancia cuando nos encontramos ante contratos celebrados entre partes que hablan idiomas diferentes; o cuando el idioma empleado para la celebración del contrato difiere del idioma en el cual se ha venido ejecutando el contrato; o cuando el arbitraje se lleva en un idioma distinto al idioma utilizado en el contrato, entre otros supuestos.

La determinación del idioma resulta esencial para garantizar la fluidez y claridad del arbitraje, pero, asimismo, se configura como un mecanismo esencial para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Entre los criterios que deben ser considerados para la determinación del idioma aplicable, podemos mencionar los siguientes: *i)* la ley que rige el contrato, la cual se determinará mediante la aplicación de cualquiera de los factores de conexión del Derecho internacional que corresponda emplear al efecto; a saber, ley del lugar de ejecución del contrato, ley de celebración del contrato, etc.; *ii)* la sede del arbitraje, que podría constituir un criterio a tener en cuenta para definir el idioma que se aplicará al procedimiento; *iii)* el idioma del contrato, que es el idioma adoptado por las partes para regular su relación y podría ser válidamente empleado para regular el arbitraje, si lo admite el contrato; *iv)* el idioma de los demás documentos que integren el contrato o el idioma de los eventuales testigos que puedan ser citados a declarar, por ser elementos que facilitan el desenvolvimiento del arbitraje; y, finalmente, *v)* la disponibilidad de árbitros y abogados que puedan desempeñarse con fluidez en el idioma elegido.

Con base en estos criterios, por lo general, los reglamentos de los centros de arbitraje disponen que si las partes no han determinado el idioma del procedimiento (contenido en el convenio arbitral), éste será el del contrato, pudiendo, en todo caso, los árbitros considerar otros elementos en esta determinación.

Sobre este punto existen distintos matices en los reglamentos de arbitraje internacional. Por ejemplo, los reglamentos de la Asociación Americana de Arbitraje *(AAA)* y de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres *(LCIA)* disponen que el idioma del arbitraje sea el del convenio arbitral, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral para determinar otra cosa. Por su parte, tanto el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (*ICC*, sus siglas en inglés) como las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), señalan que es el tribunal arbitral el que, en primer término, determinará el idioma del arbitraje si las partes no lo han fijado, estableciendo, en todo caso, el idioma del contrato como un elemento que debe ser considerado por el tribunal.

En Latinoamérica existen regulaciones similares en cuanto al idioma del procedimiento. En Chile, por ejemplo, el idioma de las actuaciones arbitrales queda sometido, en primer término, al acuerdo entre las partes y sólo en ausencia del mismo, será el tribunal el que lo determine; lo propio sucede en Panamá, donde el idioma será el que convienen las partes o el designado de conformidad con el reglamento aplicable, o el que determine el tribunal arbitral; a su turno, la ley de arbitraje de República Dominicana deja este aspecto en manos de las partes; y, en su defecto, de los árbitros.

En el caso de la Ley de Arbitraje peruana, las partes pueden acordar libremente el o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. De no existir acuerdo, le corresponderá al tribunal arbitral definir el idioma en atención a las circunstancias del caso. Asimismo, el tribunal arbitral podrá solicitar que cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

La determinación del idioma implica que las partes queden obligadas a expresarse en dicho idioma y éste se utilizará en los escritos de parte, en las audiencias, en las decisiones y laudos y comunicaciones del tribunal arbitral (las pruebas deberán presentarse con su correspondiente traducción, si fuera el caso); no obstante, puede determinarse que cada una de las partes se exprese en su propio idioma. En tales casos, estaremos ante un arbitraje bilingüe y el tribunal arbitral deberá determinar cuál idioma prevalecerá.

Cabe señalar que la elección de más de un idioma para el desarrollo de un procedimiento arbitral no es aconsejable, pues se incrementarían los costos del mismo y existiría la posibilidad de que al existir documentos en diferentes idiomas, se presenten versiones no necesariamente coincidentes, complicando la labor interpretativa del tribunal arbitral.

(Autor: Felipe Osterling Parodi. Lima).

Referencias bibliográficas: Cordero Arce, Gonzalo. «Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos Prácticos». *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, n.º 1. Fernández Ruiz, Gonzalo. «Arbitraje internacional en Chile». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª edición. González Arrocha, Katherine. «Arbitraje comercial internacional en Panamá. *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª edición. Ricardo Ferris, José. «Arbitraje comercial internacional en República Dominicana». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª edición. Soto Coaguila, Carlos. (coord.) «Arbitraje comercial internacional en Perú». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª edición. Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Editora Gaceta Jurídica, 2003, 1.ª edición.

Vocablos conexos: Arbitraje. Arbitraje internacional. Audiencias (*hearings*). Flexibilidad. Lugar del arbitraje. Procedimiento arbitral. Prueba (*evidence*). Reglamento arbitral. Traducción jurada.

Igualdad de las partes

1. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales

No ha sido pacífica la opinión –ni de la doctrina, ni del legislador– de aplicar el término «proceso» al método heterocompositivo en que consiste el arbitraje. Ya en el proyecto de la LA 1988 se utilizó la expresión «proceso» para hablar del método del arbitraje; y, posteriormente, se enmendó en la tramitación parlamentaria, sustituyéndolo por el de «procedimiento». La Exposición de Motivos de la LA 2003 –apartado vi– al mencionar la regulación de las actuaciones arbitrales, hace expresa alusión al «arbitraje como proceso que es». También la LEC –art. 722– se refiere al arbitraje como proceso: «podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral».

El problema no es simplemente terminológico. El arbitraje no es un mero procedimiento, sino un «equivalente jurisdiccional» («siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada». STC, Sala 1.ª, n.º 15/1978). Y, en su momento, Calamandrei ya puso de manifiesto que la jurisdicción y el proceso son dos conceptos correlativos. Pues bien, en cuanto equivalente jurisdiccional, el arbitraje exige un método que respete el derecho fundamental a obtener una tutela arbitral según las garantías básicas del proceso judicial *ex* art. 24.1 de la CE. En el arbitraje, por lo tanto, nos encontramos con unas normas de procedimiento, informadas por el principio dispositivo, y unas normas procesales, inspiradas en los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes.

Quiere ello decir que, a pesar de que la LA deje a la libre voluntad de las partes regular el procedimiento arbitral, las decisiones que las partes –e indirectamente las instituciones arbitrales o los árbitros– adopten en relación a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, encuentran como único límite el respeto de los principios constitucionales que han de informar cualquier proceso.

2. De los principios del proceso arbitral

El título v de la LA 2003 (arts. 24-33) regula el procedimiento arbitral, esto es, el modo de tramitarse el conjunto de actos jurídicos que integran el método heterocompositivo de resolución de controversias sometidas a la decisión de los árbitros, estableciendo, en su primer art. 24, los principios del proceso arbitral.

Ello, no obstante, resulta significativo que el legislador arbitral haya querido intitular el art. 24 como «Principios de igualdad, audiencia y contradicción» para, posteriormente, no respetar en su contenido el

título referido. Tras un párrafo primero en el que se hace referencia, más bien el principio de igualdad de las partes en el proceso, el segundo párrafo de este precepto consagra la obligación de garantizar, por todos los sujetos del proceso arbitral, la debida confidencialidad de las informaciones que se conozcan a través del proceso arbitral.

En realidad, el encabezado del art. 24 LA 2003 («art. 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción») ha sido trasplantado del contenido del art. 21.1 de la LA 1988. Sin embargo, a diferencia del art. 21.1. LA 1988 que preveía que «el procedimiento arbitral se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en esta ley, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes», el art. 24.1 de la LA 2003 dispone que «deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos».

En realidad, la redacción del art. 24.1 LA 2003 es una copia casi exacta de lo prevenido por la Ley Modelo de la Cnudmi, sobre arbitraje comercial internacional, cuyo art. 18 establece que «deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

En un principio, el proyecto de Ley de Arbitraje sólo hablaba en el encabezado del art. 24 de los «Principios de igualdad y de audiencia», aunque el contenido del apartado primero de dicho art. 24 era el mismo en el proyecto, que el que resultó aprobado por las Cortes Generales. El cambio, en el título del art. 24 LA 2003 –mediante la adición expresa del principio de contradicción a los de audiencia e igualdad–, se debe a una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco. Según algunos autores, no era necesaria dicha enmienda dado que el principio de contradicción puede entenderse perfectamente contenido en el principio de audiencia (bilateral).

En todo caso, lo que no tiene sentido, es cambiar el título del artículo y dejar el mismo contenido, el cual no habla expresamente, como sucedía en el art. 21.1 LA 1988, de ninguno de estos principios, aunque, evidentemente, parte de ellos.

3. De los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes

Como se ha adelantado, el arbitraje, en cuanto método heterocompositivo de resolución de controversias jurídicas con eficacia de cosa juzgada y con efectos ejecutivos sobre derechos disponibles, ha de respetar, en todo caso, los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes, expresiones del derecho fundamental a no sufrir indefensión *ex* art. 24.1 CE. Expresado en sentido positivo, el arbitraje como «equivalente jurisdiccional», tiene que garantizar siempre el derecho fundamental de defensa de las partes, y este derecho de defensa tiene que conceder a ambas partes del arbitraje, las mismas posibilidades defensivas que sus respectivas posiciones enfrentadas.

Como se afirma en la SAP Madrid, Sección 10.ª, de 23 de septiembre de 2000, «rigen en el procedimiento arbitral los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la LEC, en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa, sin que pueda pretender que, por el carácter especial del primero y su teórica simplificación de trámites, dejen de observarse tales principios en garantía, precisamente, de derechos constitucionales».

Por ello, la flexibilidad procedimental del arbitraje y la autonomía de las partes del arbitraje para diseñar dicho procedimiento, encuentran un límite que no puede ser rebasado: la garantía de las partes del arbitraje de poder hacer valer sus derechos con suficiente amplitud e igualdad defensiva. Las partes podrán «convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones», pero siempre «conforme a lo dispuesto» en el art. 24 LA sobre el derecho de defensa e igualdad de armas de las partes del arbitraje (art. 25.1 LA). «Por ello, tanto el principio de audiencia, como el de contradicción, en su vertiente de derecho a la defensa, y de igualdad, corresponde a ese "mínimo" que debe ser observado en todo proceso, sea jurisdiccional o arbitral». (SAP Asturias, Sección 5.ª de 28 de febrero de 1995).

4. Del principio de igualdad de partes

El título del art. 24 habla de «principios de igualdad, audiencia y contradicción», y hay que entender que dichos principios, en cuanto constitucionalizados como derechos fundamentales a obtener una tutela –arbitral– efectiva *ex* art. 24 CE, no sólo informan toda la norma de la LA, sino que además constituyen auténticos derechos subjetivos de aplicación inmediata en el arbitraje; y, en su caso, de tutela de los mismos por los tribunales de justicia, al conocer de la acción de nulidad del laudo; y, en último extremo, en cuanto a derechos fundamentales, por el Tribunal Constitucional mediante el oportuno recurso de amparo.

Sentado lo anterior, cabe resaltar que corolario necesario de los principios de audiencia y contradicción, es el principio de igualdad entre las partes del arbitraje. Y, precisamente, a dicho principio dedicaremos los próximos apartados en los que se analizarán su concepto, fundamento y alcance en su doble vertiente de igualdad formal y material para después examinar las consecuencias de una eventual violación de todos los principios que forman el proceso arbitral.

(i) Concepto

Como han señalado de la Oliva Santos y Díez-Picazo Giménez, el principio procesal de igualdad de las partes, requiere que los sujetos del proceso dispongan de iguales medios y de iguales oportunidades para defender sus respectivas pretensiones en el proceso. En definitiva, en el proceso jurisdiccional, así como en el arbitraje, el principio de igualdad se presenta como igualdad de armas procesales; es decir, iguales posibilidades de defender en el arbitraje sus derechos, en consideración a cuáles han sido las posibilidades defensivas de la parte contraria. «Corolario de todo ello es el principio de igualdad de armas, del que se deriva la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación» (STC, Sala 1.ª, n.º 76/1999 de 26 de abril de 1999).

(ii) Fundamento del principio de igualdad

El principio de igualdad de armas se diferencia del más general derecho fundamental a la igualdad *ex* art. 14 de la CE. De hecho, la igualdad de armas procesales encuentra su fundamento en el propio art. 24 de la CE. En este sentido, en la STC, n.º 125/1995 de 24 de julio de 1995, puede leerse que «el artículo 14 CE ampara, en efecto, la igualdad ante la ley y en aplicación de la ley, pero no se extiende directamente a la igualdad de las partes dentro del proceso.

La necesidad de que ambas partes concurran al proceso en régimen de igualdad, con igualdad de armas y medios procesales y con posibilidad de contradicción, constituye una garantía que integra el proprio artículo 24 CE, en cuanto que, interpretado a la luz del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del artículo 14 del Pacto de Nueva York, del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y del propio artículo 14 CE, reconoce el derecho a un proceso informado por el principio de igualdad entre las partes».

Ello cobra una especial importancia en el arbitraje, dado que en el caso de una impugnación del laudo mediante una acción de anulación *ex* art. 41 LA, el tribunal jurisdiccional no podrá entrar a decidir si los árbitros han vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 CE, al decidir el fondo del asunto, y sí podrán hacerlo cuando de la igualdad procesal se trate, o sea, si la vulneración no se predica del fondo del laudo, sino de la sustanciación del procedimiento arbitral.

(iii) Igualdad formal e igualdad material

Doctrinalmente se ha venido manteniendo que el principio de igualdad exige una matización inicial: una cosa es la igualdad formal o legal y otra diversa, la igualdad material o real.

Las dificultades hoy por hoy, no se encuentran en la igualdad legal, dado que ésta se reconoce en la Ley de Arbitraje (art. 24) y tiene parangón constitucional. El significado que debe otorgarse legalmente al principio de igualdad procesal es el atribuir los mismos derechos, las mismas cargas y las mismas responsabilidades a ambas partes. Y ese reconocimiento legal ya existe en la ley arbitral. Así, es importante que se aplique la ley procesal de manera igualitaria, de manera que garantice a todas las partes, dentro de sus respectivas posiciones que ostentan en el proceso, el equilibrio de sus derechos de defensa sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias específicas determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes, sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin, precisamente, de restablecer este equilibrio e igualdad (STC, Sala 2.ª, n.º 101/1989 de 5 de junio de 1989).

Mayores dificultades plantea, en cambio, el concepto de igualdad material. De hecho, la LA ha entendido que el principio de igualdad exige garantizar el acceso al arbitraje de todas las personas en igualdad de condiciones, pero sin tener en cuenta la falta de medios económicos de una persona para poder hacer frente a los gastos del arbitraje. Al no establecer la LA 2003, la necesidad de prever algún mecanismo para que los sujetos con falta de medios económicos puedan obtener una asistencia arbitral gratuita, puede que en la práctica una persona, aun habiendo suscrito un convenio arbitral, no pueda, de hecho, acudir al arbitraje. Desigualdad de

hecho –no de derecho– que puede generar desequilibrio entre las partes a la hora de hacer valer el convenio arbitral. En la tramitación parlamentaria de la LA 1988 se intentó afrontar este problema con una enmienda al Proyecto de Ley presentada por el Grupo Mixto, la cual no fue aprobada.

En la LA se parte de la no gratuidad del arbitraje, regulándose la necesidad de proveer fondos para hacer frente a los honorarios y gastos del arbitraje, salvo acuerdo entre ambas partes (art. 21.2 LA). Es más, la LA ha sido tan poco cuidadosa con este problema que incluso en el caso de los arbitrajes de consumo, no se regula el principio de gratuidad, como sucedía de conformidad con la disposición adicional primera de la LA 1988, derogada por la actual LA 2003.

Tampoco la UE resuelve satisfactoriamente el problema de la asistencia gratuita en el arbitraje. La Directiva n.º 2002/8/CE, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, establece que «el beneficio de justicia gratuita también cubrirá los procedimientos extrajudiciales, con arreglo a las condiciones estipuladas en la presente Directiva, cuando la ley los imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos» (art. 10). Presupuestos que no se dan en el ordenamiento español.

5. De la vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad

El legislador de 1988 incardinaba los principios de audiencia, contradicción e igualdad en el art. 21 y los elevaba al rango de componentes esenciales del proceso arbitral, en cuanto a los límites de actuación de las partes. Es más, cuando se producía una vulneración de alguno de estos principios, el art. 45 LA 1988 establecía, específicamente, entre el elenco de motivos tasados, la vulneración de estos principios, de manera que se convertía en una explícita causa de anulación del laudo arbitral. La aprobación de la LA 2003 ha supuesto un aparente cambio en cuanto al tratamiento jurídico otorgado a estos principios. Ha desaparecido del elenco de motivos de anulación –ahora regulados en el art. 41 LA– la supuesta causa específica de vulneración de estos principios de igualdad, contradicción y audiencia. Sin embargo, ello no es óbice, naturalmente, a su consideración como motivo de anulación.

De hecho, el efecto negativo del arbitraje impone que los tribunales de justicia puedan intervenir en el arbitraje, bien en funciones de apoyo, bien en funciones de control. Y, la vulneración de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en las actuaciones arbitrales constituye, precisamente uno de los expresos supuestos de control judicial del arbitraje mediante la acción de anulación del laudo. Dicho de otra forma, la libre elección de las partes de celebrar un convenio arbitral, no supone renuncia al derecho de defensa *ex* art. 24.1 CE. En primer lugar, porque en las actuaciones arbitrales han de respetarse siempre los mencionados principios contenidos en el derecho fundamental a no sufrir indefensión. Y en segundo término porque frente al laudo arbitral que decida definitivamente un arbitraje, en el que a juicio de las partes se ha vulnerado uno de tales principios, cabe ejercitar la acción de anulación cuando no ha sido debidamente notificada la parte «de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos» (art. 41.1.b) LA).

Evidentemente, no toda infracción de normas procesales en el arbitraje produce indefensión en el sentido de poder motivar en ella la anulación, puesto que «la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva o, en otras palabras, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa» (STC, Sala 2.ª, n.º 52/1997 de 17 de marzo de 1997). En cualquier caso, frente a la sentencia que desestime la acción de anulación basada en la indefensión constitucional dictada por la Audiencia Provincial competente, no cabe interponer recurso alguno (art. 42.2 LA).

Cabe, no obstante, plantearse si es posible interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En principio, el art. 41.2 LOTC exige que las violaciones de los derechos fundamentales sean producidas por los poderes públicos y respecto a las violaciones atribuibles a los órganos jurisdiccionales, el art. 41.1 LOTC requiere que tales violaciones «tuvieren su origen inmediato y directo en un acto y omisión de un órgano judicial».

Una interpretación literal de dichos preceptos parece excluir dicha posibilidad de recurrir en amparo una sentencia de la Audiencia Provincial que desestime la acción de anulación de un laudo arbitral por considerar que no se ha vulnerado el derecho de defensa en las actuaciones arbitrales. Sin embargo, el propio TC admite la posibilidad de recurrir en amparo un acto u omisión producido por un particular, siempre y cuando se ha iniciado un proceso judicial para establecer dicho derecho fundamental y se hayan agotado los medios de impugnación procedentes. Véase al respecto la STC, Sala 1.ª, n.º 18/1984 de 7 de febrero de 1984, donde

expresamente se prevé que «en este sentido, debe recordarse que el tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares».

(Autora: Tiziana de Ciommo. Profesora de Derecho procesal de la Universitat Internacional de Catalunya. Abogada en PriceWaterhouseCoopers; Barcelona).

Referencias bibliográficas: Garberí Llobregat, J. *Comentarios a la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 575-613. Calamandrei, P. «Abolizione del processo civile?». En *Opere giuridiche*. Napoli, 1965, p. 390. Barona Vilar, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 2011, pp. 1121-1157. De la Oliva Santos, A. e I. Díez-Picazo Giménez. *Derecho Procesal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 53. Lorca Navarrete, A.M. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, pp. 162-163. STC, Sección 1.ª, n.° 15/1978. SAP Madrid, Sección 10.ª de 23 de septiembre de 2000 (JUR n.° 2001/72622). SAP Asturias, Sección 5.ª de 27 de febrero de 1995 (AC n.° 1995/203). STC, Sección 1.ª, n.° 76/1999 de 26 de abril de 1999 (RTC n.° 1999/76). STC, n.° 125/1995 de 24 de julio de 1995 (RTC n.° 1995/125). STC, Sala 2.ª, n.° 101/1989 de 5 de junio de 1989 (RTC n.° 1989/101). STC, Sala 2.ª, n.° 52/1997 de 17 de marzo de 1997 (RTC n.° 1997/52). STC, Sala 1ª, n.° 18/1984 de 7 de febrero de 1984 (RTC n.° 1984/18).

Imparcialidad del árbitro

1. El concepto de imparcialidad

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 de ánimo que además resulta difícil de medir y de cuantificar.

La imparcialidad es un estado de la mente que, en ocasiones, se evidencia a través de la conducta del sujeto. Un árbitro es parcial cuando tiene una preferencia o inclinación hacia una parte o contra una parte, o cuando un tercero percibe razonablemente dicha parcialidad (Leon Trackman). 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. El que un enjuiciador sea imparcial depende de que su conducta no dé lugar a un temor razonable de parcialidad.

Es necesario distinguir entre una simple simpatía o una predisposición, en general, y un prejuicio positivo. Un prejuicio a favor o en contra de una parte o de un caso constituye una voluntad de decidir un caso a favor o en contra de una parte con independencia o sin un examen crítico de los hechos y los fundamentos del caso (Redfern/Hunter).

2. La imparcialidad de los jueces

La independencia y la imparcialidad es la característica esencial de la administración de justicia y de los jueces.

La imparcialidad ha sido especialmente analizada en relación con la función de los jueces. La justicia y la imparcialidad deben estar subjetivamente presentes y ser objetivamente demostrables por un observador razonable e informado. El proceso se considerará injusto si las palabras o acciones del juez dan lugar a un temor razonable de parcialidad a este observador. El *Model Code of Judicial Conduct* de la ABA 2007 define la independencia de los jueces como la «libertad del juez frente a toda influencia o control distintos a los establecidos por el derecho» y define la imparcialidad como «ausencia de inclinación» (*bias*) o prejuicio a favor o contra partes o clases de partes en particular, así como el mantenimiento de un ánimo abierto (*open mind*) al considerar las cuestiones que puedan llegar ante el juez».

La prueba de la parcialidad ha de ser objetiva y no subjetiva. La percepción de predisposición o de prejuicio debe ser razonable y a juicio de una persona razonable y honrada, planteándose a sí misma la cuestión y disponiendo la información necesaria al respecto. La prueba consiste en determinar lo que una persona

informada concluiría, visto el asunto de manera realista y práctica y habiéndolo considerado suficientemente. Esta prueba consta, pues, de un doble elemento: la persona que considera la presunta parcialidad debe ser razonable y la aprehensión de la misma debe ser también razonable, atendidas las circunstancias del caso. La persona razonable debe hallarse informada; es decir, con el conocimiento de todas las circunstancias relevantes, incluyendo las condiciones de integridad e imparcialidad que forman parte de los antecedentes y teniendo en cuenta que la imparcialidad es uno de los deberes que los jueces han jurado defender.

La existencia de un temor razonable de parcialidad depende de los hechos. El nivel exigido para tal afirmación es alto y la carga de demostrar la parcialidad recae en la persona que alega su existencia. El riesgo real o probable de parcialidad debe demostrarse, dado que la mera sospecha no es suficiente. Como algunas sentencias de los EE.UU. (por ejemplo, *Peoples Security Life Ins Co. vs. Monumental Life Ins. Co.*, 991 F. 2d 141, 146 (4th Cir. 1993) han declarado, el «interés o parcialidad deben ser directos, concretos y susceptibles de demostración razonable, en lugar de remotos o especulativos» y «se halla bien establecido que una mera apariencia de parcialidad es insuficiente para demostrar la parcialidad evidente».

La prueba se aplica por igual a todos los jueces, independientemente de su origen, género, raza, origen étnico o cualquier otra característica.

3. Imparcialidad de los árbitros

Como Lew, Mistelis y Kröll (*Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 258) indican justamente de hecho que los casos de parcialidad real son poco usuales. Es raro que los árbitros acentúen su favor o desfavor por una de las partes de una manera tan clara como la que se dio en un arbitraje entre una parte portuguesa y otra noruega, donde se oyó decir al árbitro que los portugueses son todos unos mentirosos (*Re The Owners of Steamship* «*Catalina*» *and the Owner del Motor Vessel* «*Norma*» [1938], 61 L1 L Rep 360). En los arbitrajes en que participan Estados, ciertos comentarios políticos pueden también convertirse en un problema, como lo demuestra un ejemplo bien conocido del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (Khan, *The Iran-United States Claim Tribunal*, pp. 65-67). Irán pidió la renuncia del juez Marigard de Suecia, uno de los árbitros de un país tercero. Al parecer, este árbitro incurrió en «propaganda política dudosa» al acusar a Irán de «condenar la ejecución», aunque la recusación fue rechazada por el Presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos, actuando como autoridad nominadora, por falta de prueba de que dicha declaración fuera realmente realizada (en *Re Judge Mangard, 1 Iran-US* CTR 509, 516-518).

Los tribunales de distintos países han adoptado también la tesis de la «sospecha razonable» o del «temor razonable». Así, el Tribunal Supremo de Victoria en Australia *Gas & Fuel Corporation vs. Victoria V. Woodhall y Leonard Pipeline Constructors Ltd.* sostuvo la existencia de una sospecha razonable, al considerar razonablemente una parte del público, que el árbitro no pudo resolver la controversia de una manera justa y sin prejuicios. Esta prueba fue revisada en *Livesey vs. New South West Bar Association* (*Livesey vs. Niffl South West Bar Association* [1983] 151 CLR 294). En Inglaterra, se ha considerado que la prueba de parcialidad a efectos de la Sección 24 de la ley inglesa, es la misma que la del art. 6, 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos; a saber, cuando un observador honesto y bien informado considera que los hechos demuestran que había una posibilidad real de que el árbitro estuviera influido por prejuicios (*Magill vs. Porter* [2002] UKHL 67, [2002], 1 All ER, 465, citado por Audley Sheppard, *Arbitration World*, 2004, p. 149).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha advertido también que «es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo empresarial, ya que no se espera que obtengan todos sus ingresos de su trabajo decidiendo casos; pero, en todo caso, debemos ser aún más escrupulosos en salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que la de los jueces, ya que los primeros tienen las manos completamente libres para decidir tanto los hechos como el Derecho y no están sujetos a revisión en apelación».

(Autor: Ramón Mullerat. Barcelona).

Impugnación del laudo arbitral

Podemos definirla como la revisión que efectúa un órgano jurisdiccional del contenido del laudo arbitral.

Dicho esto, la siguiente cuestión que debe ocuparnos, es si dicha revisión debe entenderse como un recurso *strictu sensu* o, por el contrario, debe ser configurada como una acción de anulación de la decisión de un tercero en sede jurisdiccional.

En España, la Ley de Arbitraje (LA) huye del término recurso para referirse a la función revisora del laudo y la denomina acción de anulación. No obstante, y a pesar de la claridad de la LA, existen posiciones encontradas en este punto.

1. Carácter de recurso y no de acción

Este sector doctrinal considera que nos encontramos ante un recurso, toda vez que éste se define como un acto procesal que posibilita un nuevo examen fáctico o jurídico de una cuestión ya resuelta, y por el que se solicita que se anule o revoque la decisión. Por tanto, esta línea defiende que nos encontramos ante un recurso, toda vez que se interpone ante la Audiencia Provincial y no ante el Juzgado de Primera Instancia, si bien las causas de revisión se encuentran tasadas, de forma que –como defiende la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de fecha 18 de abril de 2006–, nos encontramos ante un remedio extraordinario con motivos tasados, de naturaleza casacional y restringido a efectuar un control externo de seguimiento de las garantías formales.

Precisamente, este control limitado a funciones externas o formales, es el que defiende la jurisprudencia, que viene señalando la imposibilidad de revisar la cuestión de fondo (*vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de mayo de 2006).

2. Carácter de acción y no de recurso

Los defensores de esta tesis, afirman que el concepto «recurso» se emplea para calificar aquellos instrumentos procesales de impugnación de resoluciones no firmes. Precisamente por esto, y teniendo en cuenta que los laudos arbitrales son firmes, se puede afirmar que nos encontramos ante una acción y no frente a un recurso, toda vez que este mecanismo no permite analizar, ni directa ni indirectamente, la corrección en la aplicación de la ley llevada a cabo por los árbitros, cuya actuación sólo podrá ser revisada en caso de que se vulneren aspectos formales o procedimentales; es decir, la acción de anulación implica un acto de impugnación de la validez del laudo arbitral.

Como sustento de dicha tesis, y en una posición favorable al arbitraje, se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 22 de enero de 2009, en la que establece que si la finalidad del arbitraje es la de alcanzar una pronta solución, la revisión del fondo del laudo desnaturalizaría dicha premisa.

3. Cuestiones terminológicas aparte

Lo cierto y claro, es que con independencia de la cuestión terminológica, resulta común a ambas tesis, que la acción de anulación está basada en causas tasadas (art. 41 LA y 34.2 Ley Modelo Uncitral), debiendo destacarse que la LA establece como motivos de impugnación del laudo, las siguientes:

- *Inexistencia o invalidez del convenio arbitral.-* Para que pueda predicarse la existencia del convenio, es necesario que concurran los tres requisitos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, el término validez se refiere, bien estrictamente a la nulidad de dicha cláusula, bien porque sea contraria a cualquier norma legal imperativa, bien porque afecte a materias no disponibles, que concurra un vicio por motivo de existencia de causas ilícitas, que haya sido suscrito el acuerdo por representante sin poder para ello, o que puedan desprenderse ciertos vicios del consentimiento al mediar dolo, violencia o intimidación en la declaración de sometimiento a arbitraje.

- *Falta de designación de árbitro o de las actuaciones arbitrales o que por cualquier motivo no se haya podido hacer valer los derechos.-* Este motivo de impugnación se refleja bien en la existencia de indefensión o bien en el quebranto del principio de igualdad durante la designación de los árbitros.

- *Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión.-* Concurre en aquellos casos en los que se aprecia la denominada incongruencia *extra petita*, que se define como el más flagrante ataque al derecho de las partes a obtener una resolución arbitral que se adecúe al contenido constitucional otorgado a dicha institución. No obstante, dicho quebranto requiere que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la infracción al principio de contradicción, de forma que el laudo que se dicte, altere la causa *petendi*.

4. Incongruencia omisiva

Por el contario, la llamada incongruencia omisiva no da derecho a solicitar la anulación del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en la que puedan incurrir los árbitros al quebrar el mandato de las partes.

- *Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo de las partes, salvo que el mismo sea contrario a una norma imperativa.*- Este principio escapa de la mera indefensión; es decir, supone una quiebra de la libertad de pactos de las partes a la hora de designar a los árbitros, de forma que no es necesario que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

- *Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.*- Se regula para abordar supuestos en los que los árbitros resuelven sobre cuestiones que, si bien inicialmente se encuentran reguladas dentro del *convenio* arbitral, las mismas se encuentran afectadas por normas imperativas. En España, la LA no elabora elenco alguno de materias, de forma que deja abierta la interpretación de este precepto.

- *Que el laudo sea contrario al orden público.*- Implica, según el Tribunal Constitucional español, una quiebra de los derechos fundamentales que la constitución les reconoce a españoles y extranjeros. Ahora bien, una cosa es el concepto de orden público y otra muy distinta su aplicación práctica a la controversia, de forma que no se puede utilizar dicha vía para solicitar la anulación del laudo por el hecho de no haberse aplicado esos principios de orden público de una forma determinada.

Por tanto, y dejando a un lado la cuestión terminológica acción/recurso, lo que es evidente, es que la impugnación del laudo sólo puede realizarse en base a criterios tasados en la norma y centrados en cuestiones formales, y sin que en ningún caso se pueda entender que la anulación implica una revisión del laudo en cuanto al fondo.

(Autora: Antonia Magdaleno. Profesora de Dererecho procesal de la Universidad de Valencia y Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MAGRO SERVET, V. «Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral». Diario *La Ley*, n.º 6576/2006. LA MONEDA, F. «La nueva Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y su incidencia en el sistema arbitral de consumo». Diario *La Ley* de 27 de mayo de 2004. LETE ACHIRICA, J. «Comentario al artículo 41». En GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2005. DE LA OLIVA, S. *Derecho Procesal, Introducción 2*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. «Comentario al artículo 40». En GONZÁLEZ SORIA (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003.* Pamplona: Aranzadi, 2004. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y K. MENÉNDEZ. «La intervención judicial del arbitraje». En *Spain Arbitration Review*, 2010, n.º 8, pp. 51-73.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Ejecución del laudo. Exequátur.

INACTIVIDAD DE LAS PARTES (*DEFAULTING PARTIES*)

1. Concepto general y regulación

Con la expresión «inactividad de las partes», se hace referencia a la omisión por alguna de las partes enfrentadas en el arbitraje de la realización de los actos procesales necesarios para la adecuada prosecución del procedimiento, esencialmente, de la falta de presentación de los escritos iniciales, a la incomparecencia en las audiencias o a la no aportación de pruebas. Ante este tipo de situaciones, se impone, con carácter general, siempre que sea posible y las circunstancias lo aconsejen, la continuación de las actuaciones con el fin de evitar que la conducta pasiva de una de las partes, frustre el arbitraje.

La Ley Modelo de la Uncitral regula la inactividad de las partes en los siguientes términos: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente: a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del art. 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones; b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del art. 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante; c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga» (art. 25).

El fundamento de esta regulación *pro arbitraje* es expresado con claridad en la Nota Explicativa de la Secretaría de la Uncitral:

> Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral para desempeñar sus funciones incluso si una de las partes no participa.
> Como lo demuestra la experiencia, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar o en agilizar las actuaciones. Así pues, esas disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.

El mismo criterio se encuentra recogido en múltiples legislaciones arbitrales nacionales. Sirvan de ejemplo, el art. 31 de la Ley de Arbitraje española, el art. 35 de la Ley de Arbitraje Voluntario de Portugal del año 2011, el art. 1048 del Código Procesal Civil alemán y el art. 46 de la Ley de Arbitraje de Perú. También los reglamentos de algunas instituciones arbitrales internacionales regulan las consecuencias de la inactividad o incomparecencia de las partes. Así, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en sus arts. 6 (3) sobre la falta de contestación a la demanda y 26 (2) sobre la incomparecencia de las partes en las audiencias, el reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), en su art. 15 (8), en relación con la falta de presentación de la contestación a la demanda o a la reconvención y la regla 29 de las Disposiciones para el Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

En todo caso, los efectos legalmente anudados a la incomparecencia de las partes, presuponen la correcta y efectiva realización de los actos de comunicación por parte del órgano arbitral, pues, en caso contrario, la incomparecencia involuntaria de la parte podría conducir a la posterior anulación del laudo arbitral. Asimismo, ha de tomarse en consideración que lo dispuesto por las leyes y reglamentos, será de aplicación supletoria a lo acordado por las partes, quienes, con base en su poder de disposición del proceso arbitral, podrán determinar libremente las reglas que deban regir la actuación de los árbitros, en caso de inactividad.

2. Algunos supuestos de inactividad o incomparecencia de las partes

a) Inactividad del demandante por falta de interposición de la demanda arbitral

En aquellos ordenamientos o reglamentos arbitrales que prevén como inicio del arbitraje, el requerimiento que el futuro demandante realiza al demandado, con el fin de someter el conflicto al arbitraje, la no interposición de la posterior demanda en el plazo legalmente previsto o acordado por las partes supondrá, en la mayoría de los casos, la terminación de las actuaciones. En la demanda, el actor concreta el objeto del proceso al formular sus pretensiones; resulta evidente, pues, que no habiendo presentado el demandante el escrito de demanda, no existe objeto del proceso sobre el que el árbitro pueda pronunciarse. Por lo mismo, tampoco puede hablarse, al menos en sentido estricto, de «desistimiento» del actor, pero en ocasiones; sin embargo, se le dará al demandado la posibilidad de ejercitar él mismo acciones que le competan, convirtiéndose, de esta manera, en parte demandante.

b) Inactividad del demandado por omisión de la presentación de la contestación a la demanda

Interpuesta y trasladada la demanda al demandado, éste cuenta con un plazo establecido legal o convencionalmente para presentar la contestación a la misma. La ausencia de contestación no impide, con carácter general, la continuación del procedimiento ni la emisión de un laudo sobre el fondo del asunto, basando el árbitro su decisión en las alegaciones y las pruebas aportadas por el demandante. Suele, pues, excluirse la consideración de la incomparecencia del demandado como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

La falta de contestación de la demanda produce, pues, una suerte de rebeldía del demandado, que podrá, salvo lo dispuesto en la ley o acordado por las partes, comparecer en cualquier momento posterior para realizar alegaciones complementarias, presentar pruebas, etc. Sin perjuicio, nuevamente, de lo establecido legal o reglamentariamente, o lo convenido por ambas partes, podría incluso defenderse en el arbitraje la retroacción de las actuaciones, una vez personado el demandado en aquellos supuestos en los que esta incomparecencia al inicio del procedimiento, se revelase con posterioridad involuntaria; por ejemplo, por defectuosa realización de los actos de comunicación.

c) Inactividad de cualquiera de las partes derivada de la incomparecencia en audiencias y de la no aportación de pruebas

Sin perjuicio de la previsión por las partes de otros efectos, la incomparecencia de cualquiera de ellas a las audiencias señaladas, una vez superada la fase inicial de alegaciones supone, con carácter general, la imposibilidad de realizar el acto en cualquier otro momento ulterior. Por su parte, la no aportación de pruebas en el momento procedimental acordado o previsto legal o reglamentariamente, conlleva la emisión del laudo por el árbitro con base en el resto de material probatorio de que disponga.

En el caso de que sean ambas partes, demandante y demandado, quienes permanezcan inactivas a lo largo de la tramitación del procedimiento arbitral y aun entendiendo que el árbitro puede resolver la controversia, puesto que el objeto de la misma fue fijado en los escritos iniciales, puede defenderse la exclusión de la obligación del árbitro de dictar el laudo ante la ausencia de voluntad de aquéllas de continuar con el arbitraje.

(Autora: Victoria Sánchez Pos.
Profesora de Derecho procesal de la Universidad de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones (*memorials*). Audiencias (*hearings*). Allanamiento. Demanda (*opening memorial*). Desistimiento del proceso arbitral. Rebeldía.

INARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA (VER «ARBITRABILIDAD»)

INCONGRUENCIA DEL LAUDO

La incongruencia del laudo es la falta de correlación entre el fallo del laudo y las peticiones de las partes, deducidas oportunamente en el procedimiento arbitral, en el marco del convenio arbitral que originó éste [véase Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid –Sección 8.ª– n.º 455/2005 de 23 de septiembre de 2005 (JUR\2010\211487)]. Así, tiene lugar cuando los árbitros resuelven cuestiones que no han sido sometidas a su decisión, y es uno de los motivos de anulación del laudo arbitral, «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión» [art. 41.1.c) de la *Ley de Arbitraje española de 2003* («LA»)].

Hay que tener en cuenta que la reforma de la LA de 2011 ha incorporado la posibilidad de rectificar la extralimitación parcial del laudo, cuando los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión [art. 39.1 d) LA], previendo un remedio específico a tales efectos para evitar tener que acudir, en todo caso, al proceso de anulación.

En principio, podemos afirmar que los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre todas y sólo las cuestiones sometidas a su decisión. Es decir, ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia, que puede precisarse en el convenio, en acuerdos posteriores o en los propios escritos de alegaciones de las partes, siempre dentro de los márgenes señalados en el convenio arbitral. La propia Exposición de Motivos de la LA señala que «la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva». No obstante, la anterior afirmación de que ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia, no significa que la congruencia en el arbitraje tenga un contenido idéntico a la congruencia procesal, por dos razones: la primera es que el proceso de anulación del laudo tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función [SAP de Guipúzcoa –Sección 2.ª– n.º 2292/2007 de 1 de octubre de 2007 (JUR\2008\41803)] y de ahí que, como se verá enseguida, la incongruencia negativa no deba ser contemplada dentro del motivo de anulación de «haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas a su decisión»; la segunda, que la función pacificadora de los árbitros permite dotar a su función decisoria de una mayor elasticidad, lo que supone un menor encorsetamiento de la potestad arbitral [así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) –Sala Primera– de 25 de octubre de 1982 (RJ\1982\5573) y de 17 de marzo de 1988 (RJ\1988\2212) o SAP de Madrid –Sección 9.ª– n.º 632/2004 de 17 de noviembre de 2004 (JUR\2005\6291)].

En desarrollo de la primera de las razones expuestas, conviene tener en cuenta la posible aplicación de los tipos de incongruencia procesal a la institución arbitral. La noción de *incongruencia positiva* es perfectamente adaptable al arbitraje y, además, el laudo podrá ser objeto de impugnación por este motivo. Es más, pudiera parecer, en principio, que es el único tipo de incongruencia admitido por el legislador como causa de impugnación de los laudos.

Mucho más problemática, en cambio, es la llamada *incongruencia negativa*, pues, si bien los árbitros están obligados a resolver todos los puntos que les fueron sometidos a su decisión, no es posible alegar la falta de pronunciamiento como motivo de nulidad, al amparo del art. 41.1.c) LA [SAP de Madrid –Sección 8.ª– n.º 455/2005 de 23 de septiembre de 2005 (JUR\2010\211487), en contra, la insólita SAP de Barcelona –Sección 15.ª– n.º 519/2006 de 8 de noviembre de 2006 (JUR\2007\123330)].

Parecido a la llamada incongruencia omisiva, es el caso de que en el laudo se contengan *disposiciones contradictorias*. La contradicción en el fallo produce, como consecuencia, una omisión de pronunciamiento. Sin embargo, cabría pensar que el tratamiento procesal de la incongruencia negativa y de la contradicción, es diferente. En el primer caso, el laudo no es nulo. Los puntos que no hayan sido resueltos podrán ser integrados en un laudo complementario [art. 39.1.c) LA] y, en último extremo, si lo anterior no se realizara, las cuestiones pendientes podrán ser objeto de un nuevo arbitraje o de un proceso judicial. En cambio, la contradicción da lugar a la nulidad del laudo; nulidad que quizás podría ser declarada por la vía del proceso de anulación, si bien no por el motivo de «haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas a su decisión» [art. 41.1.c) LA] (porque la contradicción no es un caso de incongruencia y, además, no es un caso específico de incongruencia arbitral), sino por el motivo del art. 41.1.d) LA (denuncia de los requisitos del laudo arbitral).

Por su parte, la *incongruencia mixta* sí es denunciable al amparo del motivo del art. 41.1.c) LA, en tanto y en cuanto, este tipo de incongruencia supone una combinación de los dos tipos de incongruencia antes descritos. Es decir, si los árbitros deciden cuestiones distintas a las que les han sido sometidas están, de un lado, dejando de resolver cuestiones sometidas (incongruencia negativa) y resolviendo cuestiones no sometidas (incongruencia positiva).

Hay que tener en cuenta que la LA no exige específicamente, como sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») en el art. 218.1, que los árbitros se pronuncien sobre todos los puntos sometidos a su decisión. No obstante, del art. 21.1 LA –según el cual, la aceptación obliga a los árbitros «a cumplir fielmente su encargo»–, del art. 37.4 LA –«el laudo deberá ser motivado»– y, sobre todo, del art. 39.1.c) LA –acerca de la posibilidad de que las partes pidan el «complemento» del laudo– puede deducirse que los árbitros deben pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas.

Para precisar más el alcance de la congruencia en el arbitraje, es preciso referirse a continuación, a las principales *reglas hermenéuticas* que deben inspirar la labor decisoria de los árbitros. La jurisprudencia ha optado, habitualmente, por una interpretación amplia del contenido del convenio arbitral, aunque en ocasiones, pocas, no lo ha entendido así. En efecto, en numerosas sentencias se ha permitido a los árbitros realizar una interpretación no literal sino teleológica, buscando el espíritu o voluntad interna de los contratantes. Para juzgar la congruencia es preciso examinar si los árbitros se han atenido al sentido de las cláusulas del convenio, pero no aisladamente consideradas, sino por el conjunto de todas ellas [véase SAP de Barcelona –Sección 14.ª– de 16 de mayo de 2003 (JUR\2003\254634) con cita de las SSTS de 17 de marzo de 1988 (RJ\1988\2212) y de 17 de julio de 1990 (RJ\1990\10577)].

De gran importancia es el examen del problema relativo a las cuestiones instrumentales o derivadas de las principales que no consten en el convenio. En este punto, la jurisprudencia ha venido manteniendo una interpretación amplia al declarar, en estos casos, la inexistencia de extralimitación. En cualquier caso, ha de estarse a la interpretación más favorable para la conservación del negocio. A los efectos que interesan hay, pues, que tener en cuenta que los árbitros poseen unas amplias facultades interpretativas, de tal forma que el fin pacificador del arbitraje no sea menoscabado, ni se consideren puntos no sometidos a la decisión, cuestiones instrumentales o derivadas, no sometidas, expresamente, a arbitraje por la voluntad de las partes. Así, la jurisprudencia ha admitido que se permitan variaciones entre el fallo y la controversia, con tal de que no se altere la cuestión principal, como las que se refieren a consecuencias lógicas de la controversia sometida a decisión de los árbitros. De lo anterior es ejemplo paradigmático la declaración sobre intereses [por ejemplo, STS –Sala Primera– de 10 de enero de 1989 (RJ\1989\99)].

Ha de tenerse en cuenta que la excepción consistente en que los árbitros se han excedido del ámbito de su competencia, deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Si resultara justificada la demora, podrá plantearse con posterioridad (*ex* art. 22.2 LA).

El motivo de la «incongruencia arbitral» permite una anulación parcial si se cumple el requisito que se establece en el art. 41.3 LA, cual es que las cuestiones anulables «puedan separarse de las demás» [STS –Sala Primera– de 22 de noviembre de 1990 (RJ\1990\9015)], lo cual significa que tales cuestiones han de tener sustantividad propia y no aparecer indisolublemente unidas a otras cuestiones. Ejemplos de lo anterior son la

declaración de nulidad de los pronunciamientos sobre costas del arbitraje; y, en ciertos casos, el de la posible anulación de la aclaración o complemento del laudo.

En suma, mediante el motivo del art. 41.1.c) LA se puede denunciar lo que se ha denominado «incongruencia arbitral», cuya extensión no coincide con la procesal, y ello porque el único fundamento de la congruencia arbitral radica en el principio dispositivo, sin que quepa aquí traer a colación el denominado principio de exhaustividad de la sentencia. Por lo tanto, el laudo podrá ser anulado (total o parcialmente) si los árbitros hubieran resuelto puntos no sometidos a su decisión, o por haber resuelto puntos distintos a los sometidos (incongruencia positiva y mixta, respectivamente). No entra, en cambio, como ha quedado dicho, dentro del motivo de la incongruencia arbitral el fenómeno de la llamada incongruencia «negativa» por falta de pronunciamiento, ni tampoco podrá la Sala de lo Civil y de lo Penal [entiéndase como Sala de lo Civil] del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, pronunciarse sobre puntos no resueltos.

La *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985* («LM»), con las enmiendas aprobadas en 2006, se refiere a la incongruencia como motivo de la nulidad del laudo en su art. 34.2 a) iii) al establecer que «el laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el art. 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe […] iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de 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 estas últimas».

El *Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975* («CPCF»), con sus respectivas reformas, recoge la incongruencia como motivo específico en la regulación del recurso de anulación (art. 1492.3.º CPCF). Así, se establece que el recurso de anulación sólo procede, entre otras causas, si el tribunal arbitral ha decidido sin ajustarse a la misión que le ha sido confiada.

El Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008 («CPCS»), en vigor desde el 1 de enero de 2011, dispone que contra los laudos parciales o definitivos [art. 392 a) CPCS] cabe recurso, además de por otros motivos, si el tribunal arbitral ha decidido fuera de las peticiones que le hubieran sido sometidas o ha omitido pronunciarse sobre alguna de las pretensiones de la demanda [art. 393. c) CPCS].

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia.
Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid).

Referencias normativas: Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje española. Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil española. Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975. Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008.

Referencias bibliográficas: Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada: Editorial Comares, 1996, pp. 277-293. Cadarso Palau, Juan. *Comentario al artículo 41 de la Ley de Arbitraje*. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003. Actualizada conforme a las modificaciones introducidas por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003.* González Soria, Julio (coord.). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2.ª edición, pp. 564-569. Claros Alegría, Pedro. *De la anulación y de la revisión del laudo. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.* Hinojosa Segovia, Rafael (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, 2.ª edición, pp. 252-254. Hinojosa Segovia, Rafael. *De la anulación y revisión del laudo (arts. 40-43)*. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. De Martín Muñoz, Alberto y Santiago Hierro Anibarro (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 529-531. Hinojosa Segovia, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 401-450. Merino Merchán, José F. y José M.ª Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2014, 4.ª ed., pp. 753-759. Verdera Tuells, Evelio, José Carlos Fernández Rozas, José María Beneyto Pérez y Gonzalo Stampa Casas. *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*. Rodríguez Roblero, Inmaculada (coord.). Navarra: CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos-Universidad San Pablo, Ciamen, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 752-799.

Vocablos Conexos: Acción de nulidad. Control judicial (del arbitraje). Corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo. Impugnación del laudo arbitral. Jurisprudencia arbitral. Laudo. Objeto del procedimiento arbitral.

Incoterms

1. Introducción y definición

Los *Incoterms* («*International Commercial Terms*») forman un conjunto de reglas uniformes que proporcionan, en el marco de un contrato internacional de compraventa de mercaderías, una interpretación de los términos más usuales en el comercio internacional.

La primera edición de las reglas *Incoterms* fue publicada por la Cámara de Comercio Internacional en el año 1936, con el objetivo de facilitar y promover el entendimiento entre los agentes intervinientes en una compraventa internacional, pues lo habitual es que éstos desconociesen las distintas prácticas y usos comerciales arraigados en sus respectivos Estados. Este desconocimiento producía en los comerciantes, no en pocas ocasiones, reticencias, desacuerdos y conflictos respecto a las obligaciones de cada una de las partes, y ello en detrimento de la fluidez y eficiencia de las transacciones comerciales internacionales.

De esta forma, cada una de las once (11) reglas que conforman los Incoterms encierra un conjunto de obligaciones para cada una de las partes intervinientes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Estas obligaciones delimitan con precisión los siguientes aspectos del referido contrato:

a) El lugar de entrega de la mercadería.
b) El pago de los gastos por la contratación del transporte y del seguro.
c) El momento en que se produce la transferencia de los riesgos y documentos.
d) La realización de determinadas gestiones (por ejemplo, aduaneras o fiscales).

Desde su primera publicación en 1936, la Cámara de Comercio Internacional ha publicado sucesivas ediciones revisadas y actualizadas; concretamente en los años 1953, 1967, 1976, 1990 y 2000, con el objetivo de adecuar y perfeccionar las reglas de *Incoterms* al desarrollo del comercio internacional, de los productos y medios de transporte y del Derecho internacional.

En la actualidad, dichas reglas han sido ampliamente aceptadas por gobiernos, instituciones públicas, agencias intergubernamentales como Naciones Unidas, y autoridades legales, y a su vez, aplicadas por importadores, exportadores, transportistas, aseguradoras y profesionales del Derecho y del comercio. Ello ha supuesto, en consecuencia, que las reglas de Incoterms se hayan convertido en un elemento integrante fundamental de la denominada *lex mercatoria,* y hayan sido reconocidas por Uncitral como «el estándar global para la interpretación de los términos más comunes en el comercio internacional».

En palabras de la Cámara de Comercio Internacional, las reglas de Incoterms se han convertido en «una parte esencial del lenguaje comercial cotidiano».

2. Aspectos esenciales

Resulta fundamental señalar que la aplicación de las reglas de *Incoterms* a una transacción comercial, depende exclusivamente de la voluntad de las partes, por lo que únicamente se insertará una cláusula de *Incoterms* en un contrato de compraventa si así lo deciden las mismas.

No obstante, dichas reglas no abarcan todos y cada uno de los aspectos logísticos relativos a la compraventa internacional, por lo que su inserción contractual deberá ir acompañada de las precisiones que en cada caso se requieran. Además, no reemplazan, en ningún caso, los términos contractuales necesarios y propios de un contrato de compraventa.

Aunque se conciben como términos comerciales internacionales, nada impide que las partes puedan incorporarlas a un contrato de compraventa cuya ejecución se lleve a cabo en el ámbito puramente doméstico.

Hasta la fecha, la versión más actualizada disponible es la edición de *Incoterms 2010*, publicada en el año 2010. No obstante, cabe señalar que dado que no poseen carácter de ley, sino de usos y costumbres, las versiones anteriores no han sido derogadas por las posteriores. En consecuencia, es posible utilizar versiones anteriores, por lo que resulta aconsejable, a la hora de introducir contractualmente una concreta regla de *Incoterms*, indicar a qué versión hace referencia dicha regla (por ejemplo, «*Ex-Works* (versión 2010)»).

3. Las Once (11) Reglas Incoterms

A continuación, un breve resumen sobre la responsabilidad y obligaciones asumidas por las partes en cada una de las reglas *Incoterms*. Téngase en cuenta que la Cámara de Comercio Internacional distingue aquellos *Incoterms* aplicables a cualquier medio de transporte (multimodales) de aquellos otros únicamente aplicables al transporte marítimo o por vías navegables.

3.1. Incoterms *multimodales*

3.1.1. EXW («Ex-Works» *o franco fábrica)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del comprador en las dependencias del vendedor o en otro establecimiento indicado. El vendedor no tiene la obligación de cargar la mercadería en el concreto medio de transporte ni de efectuar el despacho para su exportación. Este término supone, por tanto, la mínima obligación para el vendedor.

3.1.2. FCA («Free Carrier» *o franco transportista)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del transportista o de un tercero designado por el comprador, en las dependencias de éste o en el lugar indicado.

3.1.3. CPT («Carriage Paid To» *o transporte pagado hasta…)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del transportista o de un tercero designado por el comprador en el lugar convenido, obligándose el vendedor a contratar y a pagar el transporte para el traslado de la mercadería hasta el lugar convenido.

3.1.4. CIP («Carriage and Insurance Paid To» *o transporte y seguro pagado hasta…)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del transportista o de un tercero designado por el comprador en el lugar convenido, obligándose el vendedor a contratar y a pagar el transporte y el seguro (de mínima cobertura) hasta el punto de destino.

3.1.5. DAT («Delivered At Terminal» *o entregado en terminal)*

Se produce la entrega una vez el vendedor descarga la mercadería y la pone a disposición del comprador en la terminal indicada del puerto o lugar indicado. El vendedor asume los gastos derivados del transporte y de la descarga de la mercadería.

3.1.6. DAP («Delivered At Place» *o entregado en lugar)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del comprador en el concreto medio de transporte utilizado, lista para ser descargada en el lugar de destino indicado.

3.1.7 DDP («Delivered Duty Paid» *o entregado derechos pagados)*

Se produce la entrega cuando el vendedor pone la mercadería a disposición del comprador, lista para ser descargada en el lugar de destino indicado, obligándose a efectuar el despacho de importación y exportación de la mercadería, y asumiendo todos los riesgos y costes hasta el lugar de destino. Este término supone la máxima obligación para el vendedor.

3.2. Incoterms *marítimos o por vías navegables*

3.2.1. FAS («Free Alongside Ship» *o franco al costado del buque)*

El vendedor entrega la mercadería cuando la pone a disposición del comprador en un costado del buque en el puerto de embarque convenido. Una vez dispuesta así, el comprador asume todos los costes y riesgos.

3.2.2. FOB («Free On Board» *o franco a bordo)*

El vendedor entrega la mercadería cuando la pone a disposición del comprador a bordo del buque en el puerto de embarque convenido. Una vez dispuesta así, el comprador asume todos los costes y riesgos.

3.2.3. CFR («Cost and Freight» *o coste y flete)*

El vendedor entrega la mercancía asumiendo la contratación del buque, así como la carga y flete de la mercadería hasta el puerto de destino. No obstante, el riesgo se transfiere al comprador una vez la mercadería se carga a bordo del buque.

3.2.4. CIF («Cost, Insurance and Freight» *o coste, seguro y flete)*

El vendedor entrega la mercancía asumiendo la contratación del buque, así como la carga y flete de la mercadería hasta el puerto de destino. Además, deberá contratar un seguro de cobertura mínima. No obstante, el riesgo se transfiere al comprador una vez la mercadería se carga a bordo del buque.

4. Incoterms y arbitraje

Desde su publicación en 1936, la inclusión de las reglas de *Incoterms* en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ha contribuido enormemente a perfeccionar el entendimiento entre los contratantes y a promover la seguridad y eficiencia en la comunidad comercial internacional.

No obstante, la naturaleza supranacional de las transacciones comerciales conlleva, en ocasiones, un riesgo de malentendido, disputa, o conflicto. En estos casos, sin duda entra en juego la funcionalidad del arbitraje como instrumento alternativo para la resolución de conflictos, objeto del presente texto.

No cabe duda de la clara compatibilidad de insertar en un contrato de compraventa internacional de mercaderías una cláusula de *Incoterms*, así como una cláusula de sumisión al arbitraje, máxime si se tiene en cuenta que ambas incorporaciones son fruto de la autonomía de la voluntad de las partes.

No obstante, ¿pueden las partes determinar, como Derecho aplicable al contrato de constante referencia, las reglas de Incoterms, teniendo en cuenta el carácter «anacional» de las mismas?

Lo cierto es que, en sede arbitral y en virtud de la autonomía conflictual de las partes, tal extremo es posible, por lo que consecuentemente un árbitro debería ser capaz de fundamentar su laudo al margen de las normas jurídicas propias de los Estados. Cuestión distinta sería que el árbitro decidiese aplicar normas de carácter transnacional al margen de las normas jurídicas estatales expresamente previstas por las partes en el contrato como el Derecho aplicable al mismo, pues ello resultaría contrario a la autonomía de la voluntad de las mismas. No obstante y en todo caso, para asegurar el reconocimiento y la ejecución del laudo en un Estado determinado, el árbitro deberá respetar, en la aplicación de normas transnacionales, los límites propios del Derecho internacional privado (tales como las normas imperativas del foro o el orden público).

Finalmente, cabe señalar que la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, cuenta entre sus instituciones con la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con una dilatada experiencia en la resolución de conflictos derivados de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías.

(Autora: Vanessa Ghahremani Thomsen. Abogada en Dentons. Barcelona).

Referencias bibliográficas: Navarro, A. *Régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América Latina: ¿un sistema eficiente?,* 2009. Arroyo i Amayuelas, E. «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo». *La Ley.* Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, 2008. Eiseman, F. *Incoterms. Los usos de venta de la comercial internacional*, 1985, *www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010*.

Vocablos conexos: *Lex mercatoria.* Uncitral. Contrato internacional de compraventa de mercaderías. Arbitraje comercial internacional. Cámara de Comercio Internacional. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Usos y costumbres.

INDAGACIÓN RAZONABLE

El concepto de la «indagación razonable» está íntimamente vinculado al derecho de defensa de las partes en el proceso arbitral y, más concretamente, a las comunicaciones y notificaciones que deben efectuarse en el seno del proceso.

La Ley de Arbitraje española (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003), directamente inspirada en la Ley Modelo Uncitral, recoge una serie de garantías mínimas que deben respetarse en un proceso arbitral para asegurar que el laudo que se dicte pueda ser reconocido como eficaz por los tribunales que deban ejecutarlo.

Sin perjuicio de respetar la voluntad de las partes en cuanto a la forma en que las mismas reconocen como válidas los actos de comunicación que reciban de los árbitros, lo cierto es que es frecuente que no sea sencillo, en ocasiones, localizar una dirección o medio en el que se pueda notificar a una de las partes el inicio o pendencia del proceso. En tales casos, entrarían en colisión el derecho de una de las partes a la tutela arbitral, es decir, a iniciar el proceso y a obtener un laudo sobre el fondo, y por otra parte, los derechos procesales mínimos de la otra parte, que debe ser debidamente notificada de la existencia del proceso arbitral, para así tener oportunidad de defenderse y hacer valer sus derechos.

Centrada así la cuestión, debemos acudir a la Ley n.º 60/2003, la cual dispone en su art. 5, bajo la rúbrica «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos», lo siguiente:

> Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:
> a) 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.

Según la Exposición de Motivos de la propia Ley n.º 60/2003, estas reglas se aplican «tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación», con lo que sería igualmente aplicable a aquellos casos en los que una de las partes en litigio ha sido notificada del inicio del arbitraje o tramitaciones siguientes, pero en algún momento se convierte en ilocalizable.

Esta misma referencia a una indagación razonable, aparece también en la Ley Modelo Uncitral, en su art. 3.

Como es evidente, el principal problema que plantea el precepto transcrito, es saber cuándo se puede entender que el árbitro ha efectuado una indagación razonable acerca del medio o lugar donde practicar las notificaciones; y, por tanto, se puede dar por debidamente intentada dicha notificación, sin merma del derecho de defensa de la parte en cuestión.

En nuestra opinión, al matizar la ley que la indagación que debe hacer el árbitro debe ser «razonable», está indicando que no se apunta a una indagación absoluta y omnicomprensiva por todos los medios que sean imaginables en la práctica, pues no dejamos de estar ante un deber impuesto legalmente al árbitro para evitar situaciones de indefensión, pero también el abuso de derecho que puede generar una de las partes a través de la «rebeldía por conveniencia». Algunos autores, como OLIVENCIA RUIZ, 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).

No faltan precedentes judiciales que limitan considerablemente dicha «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. Dispone el Fundamento de Derecho Tercero: «[...] 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 le es imputable a aquél, 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»).

Es de necesaria cita 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.º 1/2000, en el que unifican criterios sobre la notificación del laudo por correo certificado y exigencias de la "indagación razonable"».

En dicho Acuerdo, los Magistrados disponen lo siguiente:

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).

Por tanto, dicho Acuerdo nos puede servir de pauta para considerar que hay o no una diligencia por parte del árbitro en la indagación razonable, exigiéndose siempre la consulta de los registros públicos y la debida forma en la comunicación, pero sin perjuicio de atender a las circunstancias de cada caso concreto.

En conclusión, la indagación razonable encierra en realidad y constituye una carga que pesa sobre el árbitro para velar por la pureza de los derechos elementales y principios esenciales de audiencia, defensa y contradicción, evitando, al mismo tiempo, situaciones provocadas de indefensión. En dicho juego de intereses a proteger, el árbitro debe mostrar su mayor diligencia, según el caso concreto, sin atenerse a criterios apriorísticos como el número de intentos de comunicación o fuentes donde buscar los posibles domicilios, aunque en todo caso, revisando la información contenida en la documentación en su poder –como contratos y convenio–, la información de fácil acceso público –como es el caso de registros públicos–, así como aceptando la colaboración de la parte contraria.

(Autor: Jorge Mas Taladriz. Head Commercial Litigation, DAC Beachcroft Abogados. Madrid).

Referencias bibliográficas: Lorca Navarrete. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.* San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. González Soria (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. *Revista Vasca de Derecho Procesal (Instituto Vasco de Derecho Procesal www.leyprocesal.com)*. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Thomson-Civitas, 2008. Verger Grau. «La rebeldía en el arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa,* febrero del 2001.

Vocablos conexos: Rebeldía por conveniencia. Notificaciones. Ejecución del laudo. Exequátur de laudo extranjero. Orden público. Inejecutabilidad del laudo.

Indefensión (ver «Orden público»)

Independencia del árbitro

Las nociones de independencia, imparcialidad y neutralidad, predicadas o exigidas de cualquier persona con poder para enjuiciar (juez, árbitro), no son sinónimos ni son intercambiables, aunque a menudo se usan indistintamente.

Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA (*XII Yearbook: Commercial Arbitration*, 199-202) realizan una delimitación de los dos primeros conceptos. Según el art. 3, «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».

La independencia es la calidad de estar libre de la influencia, la orientación o el control de terceros. El término independencia implica la inexistencia de interés o de presión sobre el «enjuiciador» que pueden influir en su libre decisión.

La independencia no puede confundirse con la imparcialidad. A diferencia de la imparcialidad, que es un estado mental, la independencia es una situación de hecho. Sin embargo, la imparcialidad se basa en una presunción de independencia.

La independencia se fundamenta, principalmente, en las relaciones (o más bien la ausencia de relaciones) del árbitro con las partes o con terceros. Estas relaciones pueden ser *familiares* (esposa, padres, hijos, primos); *profesionales* (por ejemplo, cuando el árbitro ha actuado como abogado, empleado o asesor de alguna de las partes); de *negocio* o *financieras* (cuando el árbitro tiene un cargo, ejecutivo o no ejecutivo, o es parte en una transacción comercial con una de las partes del arbitraje; o *personal* (tanto una relación continuada con una parte o un incidente individual, como en el caso de un árbitro que compartió una habitación del hotel con la abogada de una de las partes. El grado y, por tanto, la influencia de dichas relaciones, varían con el tiempo, el espacio y el lugar.

La independencia y la imparcialidad han sido reconocidas por todos los instrumentos internacionales de carácter universal (el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los Principios Básicos de la Independencia Judicial de 1985, las Directrices sobre la Función de los Fiscales de 1990 y los Principios Básicos de la Función de los Abogados de 1990); los instrumentos regionales (como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969) y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Recomendación del Consejo de Europa n.º R (94) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Misión de los Jueces.

(Autor: Ramón Mullerat. Barcelona).

Ineficacia del convenio arbitral

La ineficacia del convenio arbitral puede venir dada por tres motivos distintos: invalidez, cesación de efectos e inexactitud o error.

En primer lugar, el convenio arbitral ha de ser válido para ser eficaz, ya que los efectos característicos del mismo no podrían producirse si éste fuese nulo.

El art. 9.1 de la Ley española de Arbitraje regula el contenido del convenio arbitral y la doctrina que lo interpreta señala que son tres los requisitos indispensables para que exista convenio arbitral y éste pueda producir sus efectos: i) la voluntad de las partes de someterse a arbitraje; ii) que verse sobre controversias surgidas o que puedan surgir en el futuro y iii) que dichas controversias estén referidas a una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

Para determinar la ineficacia por invalidez, habrá que tener en cuenta cuatro problemas: quién se pronuncia sobre la invalidez, con arreglo a qué ley, en qué momento y con qué efectos.

Los sujetos que pueden declarar la ineficacia del convenio arbitral por entender que es inválido son los árbitros, en cuyo caso habrán de declararse incompetentes, dejando expedita la vía judicial; o, por el contrario, si entienden que el convenio es válido y eficaz, fundamentarán en ello su competencia para seguir conociendo del procedimiento arbitral.

La validez del convenio es el presupuesto de la competencia de los árbitros y su examen es la primera cuestión a abordar por ellos, dentro del ejercicio del principio de *kompetenz-kompetenz*. La tendencia seguida por el arbitraje internacional es reconocer a los árbitros la competencia sobre su propia competencia; y, en consecuencia, el poder para examinar *prima facie* la validez del convenio arbitral; sin perjuicio de que, reconocida ésta y siguiendo el arbitraje su curso hasta el laudo, puedan intervenir en algún momento los tribunales ordinarios, ante una eventual acción de anulación, o en sede de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Para conocer con arreglo a qué ley los tribunales ordinarios deberán verificar la validez del convenio, hay que distinguir su doble vertiente, por un lado como presupuesto de reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral; y, por otro, en sí mismo considerado, como requisito para admitir la exclusión de la jurisdicción ordinaria para conocer de una controversia.

En el primer caso, la determinación del Derecho aplicable resulta clara por las conexiones establecidas, mientras que en el segundo, ante la laguna del Derecho convencional, cabe adoptar tres actitudes: determinar que la comprobación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio se haga a la luz de la ley que establezca el sistema conflictual del foro; determinar que es aplicable la ley que se establece para el convenio como presupuesto de reconocimiento y ejecución del laudo; es decir, la ley pactada por la autonomía de la voluntad de las partes y subsidiariamente la ley de la sede arbitral; o aplicar directamente una norma material en lugar de una norma de conflicto.

En todo caso, es un principio axiomático del Derecho arbitral, asentado en nuestro ordenamiento jurídico y todo el Derecho comparado, que los efectos del convenio arbitral se regulan por la legislación vigente a cada momento, o de otra forma, que la normativa que regula los efectos del convenio arbitral, resulta aplicable retroactivamente a todos los convenios arbitrales. Por tanto, todo convenio arbitral ha de quedar integrado por la normativa arbitral vigente al momento de desplegar sus efectos. Lo contrario nos llevaría al absurdo de tener que dar a los convenios arbitrales distintos efectos, según distintas normativas derogadas, en atención a cuándo se hubieran suscrito tales convenios.

La declaración de ineficacia del convenio arbitral por invalidez puede emitirse antes o después de que el tribunal arbitral esté constituido, pero lo relevante es que la excepción esté planteada en tiempo y forma dentro del procedimiento respectivo.

El efecto derivado de la declaración de ineficacia del convenio arbitral por invalidez tiene una doble perspectiva. Por un lado, determinará la incompetencia de los árbitros para resolver la controversia que se les había planteado, quedando expedita la vía judicial; y por otro, implicará el otorgamiento de competencia a los jueces y tribunales ordinarios para entrar a conocer el fondo del asunto que, en principio, se había atribuido a los árbitros.

El segundo motivo de ineficacia del convenio arbitral es que se hayan extinguido sus efectos, por lo que éste resultaría inoperante. Esta situación puede darse como consecuencia de (i) renuncia, expresa (mutuo disenso) o tácita, ya que siendo el convenio un contrato, le afectan, en principio, las causas de ineficacia que se imputan a esta categoría jurídica; (ii) novación, siempre que la misma opere exclusivamente sobre el arbitraje pactado, lo que equivale a una renuncia del mismo; (iii) caducidad por transcurso del plazo dictado para el arbitraje por disposición del Derecho aplicable; (iv) extinción, bien sea de la controversia, bien de la relación jurídica de la que ésta deriva; (v) inoperatividad, el convenio deviene ineficaz por no poderse cumplir con las condiciones establecidas en la cláusula, a falta de mecanismos legales, reglamentarios o convencionales específicos; (vi) rechazo de la institución arbitral en el arbitraje institucionalizado, o de los árbitros, en general.

Por último, la ineficacia por insuficiencia o inexactitud, ambigüedad o error en el contenido del convenio arbitral, da lugar a que la cláusula compromisoria pueda ser calificada como patológica.

Una cláusula arbitral es patológica cuando no puede cumplir las cuatro funciones que le son esenciales a todo convenio arbitral: (i) producir efectos obligatorios entre las partes; (ii) apartar la intervención de los tribunales estatales, al menos antes del laudo; (iii) conferir a los árbitros el poder de resolver las controversias; y (iv) permitir la puesta en marcha de un procedimiento en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte un laudo.

Entre los errores más frecuentes que afectan a los convenios arbitrales, se pueden destacar los siguientes ejemplos: cláusula en blanco, cláusula de arbitraje futuro, designación errónea de la institución de arbitraje, localización errónea de la institución, inexistencia de la forma de designación del tercer árbitro, forma de designar árbitro contraria al reglamento de la institución, imprecisión en cuanto a la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje propiamente dicho, coexistencia del arbitraje con otro medio de solución de conflictos o fijación de plazos que hacen imposible en la práctica el arbitraje.

Ahora bien, no existe precepto alguno en la regulación arbitral española que condicione la validez de los convenios arbitrales a la inclusión de elementos como la designación de la institución arbitral que habrá de administrar el arbitraje, del número de árbitros o del procedimiento para proceder a su nombramiento, que forman parte del contenido facultativo del convenio arbitral.

Por lo que respecta a la validez y eficacia del convenio arbitral internacional, el art. 9.6 de la Ley de Arbitraje española se remite a su comprobación, de conformidad con los requisitos establecidos, en primer lugar, en las normas de Derecho aplicable elegido por las partes para regir el convenio arbitral o, subsidiariamente, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o, si no, por el propio Derecho español.

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, y Claudia Velasco Papineschi. Asociada de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

Referencias bibliográficas: Chillón Medina, J.M. y J.F. Merino Merchán. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas. Montes Reyes, A. «Convenio arbitral». En González Montes, J.L. *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*. Madrid: La Ley, 2008, pp. 46 y 50. Pérez-Cruz, A. «El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley n.° 60/2003». En *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 158. Perales Viscasillas, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005, pp. 195 y ss. González Soria, J. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 573. Arias Lozano, D. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2005, p. 468. Mantilla-Serrano, F. *Ley de arbitraje; una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 260. *AA.VV. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Collantes González, J. (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

Vocablos conexos: Principio *kompetenz-kompetenz*. Cláusula patológica.

Inejecutabilidad del laudo (ver «Ejecución del laudo»)

Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

El Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio de Washington de 1965 (este último más conocido como «Convenio Ciadi») fue el informe al cual se acompañó el texto de dicho Convenio para su depósito en el Banco Mundial. A partir de ese momento, el Convenio Ciadi quedó abierto para su firma por los Estados.

Este Informe sirve como instrumento de interpretación del Convenio Ciadi. De hecho, en el párrafo 14 del Informe se menciona que, «aunque la mayoría de los preceptos del convenio adjunto se explican por sí solos», resulta de utilidad para los gobiernos «un breve comentario acerca de sus características principales».

El Informe se encuentra dividido en nueve secciones. Las tres primeras secciones (i a iii) contienen una introducción sobre el origen y formación del Convenio Ciadi. La sección iv explica a grandes rasgos el funcionamiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Entre otros aspectos, se explican brevemente las funciones del Consejo Administrativo y del Secretario General del Centro, así como la relevancia de las listas de árbitros y conciliadores del Ciadi.

Tal vez, la sección v sea la que más trascendencia ha tenido, ya que trata sobre la «Jurisdicción del Centro». Esta sección incluye aclaraciones sobre la interpretación del art. 25 del Convenio Ciadi. Es habitual encontrar citas en los memoriales de arbitraje a esta sección del Informe y, muy especialmente al párrafo 23, el cual dice que «el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro». Este párrafo continúa diciendo que «el consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente». Más adelante, en el párrafo 24, el Informe incluye algunos ejemplos

de instrumentos que pueden contener el consentimiento a la jurisdicción del Centro, explicando que dicho consentimiento de las partes no necesariamente ha de constar en un mismo instrumento. Tampoco se puede olvidar que, aunque las partes hayan otorgado su consentimiento, es necesario que la diferencia sea una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión». Informe, párrafo 26. Notablemente, el Convenio no define qué debe entenderse por «inversión». Informe, párrafo 27. Además, es necesario que una de las partes de la controversia sea un Estado contratante (o una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante) y que la otra parte sea un «nacional de otro Estado contratante», las cuales pueden ser personas naturales o jurídicas. Informe, párrafos 28-30.

La sección v contiene además un sub-apartado titulado «Notificaciones por parte de los Estados contratantes», en donde se incluyen algunas pinceladas sobre el art. 25(4) del Convenio Ciadi, el cual contempla la posibilidad de que los Estados puedan notificar anticipadamente al Centro, si así lo desean, las clases de diferencias que aceptarían someter o no a la jurisdicción del Centro. Los últimos dos sub-apartados se refieren a: (i) la exclusividad del arbitraje y al derecho del Estado a condicionar su consentimiento a que el inversionista, antes de poder acceder al arbitraje internacional, agote las vías administrativas o judiciales del Estado receptor; y (ii) a la imposibilidad de que un inversionista solicite protección diplomática de su Estado de origen o que este último inicie una reclamación internacional si la controversia está sometida al Ciadi.

La sección vi del Informe versa sobre los procedimientos al amparo del Convenio Ciadi. Esta sección contiene algunas indicaciones procesales sobre los procedimientos que tienen lugar al amparo del Convenio Ciadi en cuatro sub-apartados: (i) iniciación del procedimiento mediante una solicitud dirigida al Secretario General; (ii) constitución de las comisiones de conciliación y de los tribunales de arbitraje; (iii) procedimiento de conciliación y facultades y funciones de los tribunales de arbitraje; y (iv) reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Entre otras cuestiones relevantes, en el párrafo 38 del Informe, en relación con el art. 41 del Convenio Ciadi, se reitera el principio de que los «tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia». Las comisiones de conciliación gozan de la misma facultad. Informe, párrafo 38 (citando el art. 32 del Convenio Ciadi).

La sección vii trata sobre el lugar del procedimiento, aclarando que el procedimiento podrá tramitarse o sustanciarse –si las partes lo acuerdan– en determinadas instituciones distintas al Ciadi.

La sección viii explica el contenido del art. 64 del Convenio Ciadi, el cual regula las diferencias entre Estados contratantes sobre la interpretación o aplicación del Convenio Ciadi.

Finalmente, la sección ix trata de la entrada en vigor del Convenio Ciadi, el cual queda abierto a la firma de Estados que reúnan determinadas características. El Convenio Ciadi está sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios de acuerdo con sus normas constitucionales. Informe, párrafo 46 (citando el art. 68 del Convenio Ciadi).

(Autor: Bernardo M. Cremades, Jr. Socio de B. Cremades & Asociados).

Vocablos conexos: Arbitraje de inversiones. Competencia sobre la competencia (principio de *kompetenz-kompetenz*). Conciliación en el ámbito Ciadi. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi). Corte Permanente de Arbitraje. Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa. Ejecución de laudo. Inversión. Oferta del consentimiento estatal al arbitraje. Protección diplomática (conexión con el arbitraje). Reglamentos y Reglas del Ciadi.

Informe *Kees van Raad*

El profesor Kees van Raad publicó en el año 2001 una interesante propuesta sobre coordinación internacional en materia de interpretación y aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición (trabajo que dedica a su colega Klaus Vogel).

Dicho profesor analiza los problemas genéricos y específicos que surgen en la interpretación y aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI). Entre los principales problemas genéricos destacan tres: *a)* que las reglas de los tratados no están siempre lo suficientemente claras; *b)* otra razón por la que pueden existir distintas interpretaciones del CDI entre dos Estados implicados, es debido a que un término determinado no haya sido definido en el propio Tratado; *c)* dos países integrantes de un CDI pueden atribuir un concepto distinto de ingreso o tributación a distintos individuos o empresas.

En esencia, la propuesta de Kees VAN RAAD pretende crear un cuerpo supranacional de expertos en materia de fiscalidad internacional para resolver los problemas de interpretación y aplicación de los CDI.

Es importante subrayar que dicho órgano sería de *naturaleza consultiva* y no propiamente arbitral, creado con el fin de que las instituciones competentes de los Estados (tribunales, autoridades, etc.) pudieran consultar la opinión de este órgano en los supuestos indicados.

Literalmente su propuesta es la siguiente:

Se propone que un panel (abanico) de expertos independientes en Convenios Fiscales sea establecido para formalizar una opinión –a solicitud de tribunales y autoridades competentes (y quizá en una etapa posterior a requerimiento también de contribuyentes y autoridades fiscales)– sobre la interpretación de una determinada disposición de un Tratado y su aplicación en el caso considerado.

(En inglés: *It is proposed that a panel of independent tax treaty experts be established to submit upon the request of courts and competent authorities (and perhaps also, at a later stage, of taxpayers and tax authorities) an opinion on the interpretation of a given treaty provision and its application to the case under consideration. International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application, Intertax*, volume 29, Issues n.os 6-7, pp. 213-214).

1. Establecimiento de un cuerpo supranacional

El profesor VAN RAAD pone de manifiesto el hecho de que desde 1920 ha habido sugerencias para establecer una Corte Fiscal Mundial. Esta Corte establecería disposiciones basadas en la interpretación de las disposiciones de los CDI que sobresaldrían por encima de los tribunales nacionales.

Los intentos para establecer una corte de este tipo han fallado porque los Estados no quieren perder parte de su soberanía fiscal.

Por supuesto, durante muchas décadas los Estados han utilizado los procedimientos amistosos con éxito para resolver sus diferencias en la interpretación y aplicación de los CDI en casos individuales en referencia con la doble imposición.

1.1. Naturaleza del órgano

A partir de las lecciones que cabe extraer de la experiencia del *EC Arbitration Convention,* K. VAN RAAD se plantea que el cuerpo internacional supranacional no debería ser de forma obligatoria en materia de fiscalidad internacional, sino que debería ser relegado –al menos en una primera instancia– a la iniciativa de los Estados implicados. Además, las opiniones manifestadas por este órgano deberían ser no vinculantes –al menos en la fase inicial–.

1.2. Legitimación

Partes a las que se les debería autorizar a solicitar la opinión del órgano supranacional.

En una primera fase la legitimación la tendrían los tribunales que conocen de las discrepancias en materia de CDI y las autoridades competentes en un procedimiento amistoso, para solicitar una opinión a expertos independientes.

En una fase posterior, cuando se haya ganado experiencia a partir de las preguntas de tribunales y autoridades competentes, se podrá decidir si se extiende este derecho a contribuyentes y autoridades fiscales. Cada uno de estos agentes legitimados podría estar interesado en obtener una opinión –en ningún caso vinculante– sobre casos que todavía no hayan sido juzgados.

Además se podría diseñar un procedimiento especial para solicitar a la otra parte que presente alegaciones opuestas a la parte demandante. De esta manera el panel de expertos tendría el beneficio de disponer de información contrastada.

1.3. Miembros del panel de expertos

Los miembros del panel deberían ser individuos con reconocimiento internacional como expertos en tratados fiscales. Podrían ser académicos con experiencia en cuestiones prácticas de fiscalidad internacional. También profesionales reconocidos versados en interpretación de CDI, deberían poder ser promocionados como miembros de este panel.

Pero, no deberían promocionarse como miembros del mismo a personas que estén participando en actividades gubernamentales de los distintos Estados implicados.

1.ª fase: Los Estados ganarían experiencia con paneles de carácter bilateral. Para que sean eficaces y tengan un presupuesto modesto, los paneles deberían estar compuestos de tres miembros. Dos de ellos pertenecerían a los paneles bilaterales de cada uno de los países y, de común acuerdo, se podría elegir un tercer experto de un tercer Estado.

2.ª fase: Se pasaría de un sistema donde solamente dos países están representados (los que están en conflicto) a un panel multilateral con un mayor número de miembros de entre los cuales para cada caso se seleccionaría a tres miembros, los cuales prepararían la opinión (ponentes) que puede ser aceptada por el panel completo.

Para asegurar que el contexto interno de las legislaciones domésticas se ha entendido correctamente por el panel, podría favorecerse el asesoramiento al panel por parte de informadores familiarizados con las leyes fiscales internas cuyos tratados sean cubiertos por el panel.

1.4. Publicación

Uno de los objetivos más importantes de los paneles de expertos es conseguir la uniformidad en la interpretación de las disposiciones idénticas de los CDI. Con este propósito las opiniones del panel deberían ser publicadas. Sería útil a tal efecto, preparar un formato estándar en lengua inglesa.

1.5. Financiación

Por razón de reconocimiento y continuidad parece importante que el panel opere bajo el paraguas de una organización internacional. De manera ideal esta organización debería financiar las actividades del panel: sede, oficina, salario, personal, etc., dando respuesta a la pregunta: ¿quién va a pagar el coste? Si la carga financiera recae sobre la parte peticionaria, ello limitaría mucho su utilización. Por ello, para dar al panel una oportunidad de demostrar su utilidad como mínimo en los años iniciales, el umbral debería ser tan bajo como fuera posible.

Dado que el Modelo de Convenio de la OCDE es el que siguen la mayoría de los CDI y también algunos Estados no miembros de esta organización, la OCDE sería una organización adecuada para dar soporte al panel de expertos.

Una solución alternativa es la Comunidad Europea. Este órgano tiene dos ventajas:

a) En el Tratado de la Unión Europea (art. 293) se prescribe que todos los miembros deben perseguir la eliminación de la doble tributación.

b) Esta disposición da a los Estados miembros, poder suficiente para sortear las barreras legales internas.

Quizá en etapas posteriores Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio podrían ser consideradas para albergar al panel de expertos.

(Autora: Eva Andrés A. Profesora titular de Derecho tributario. U. de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Van Raad, Kees. *International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application. Intertax*, vol. 29, issues n.ºs 6-7, pp. 213-214.

Vocablos conexos: Arbitraje tributario. Convenio de doble imposición. Informe *Lindencrona* y *Mattsson.*

INFORME *LINDENCRONA* Y *MATTSSON*

La tesis de los autores LINDENCRONA y MATTSSON data de principios de los años ochenta del siglo XX (LINDENCRONA, GUSTAF y MATTSSON. *Arbitration in Taxation*. Deventer: Kluwer, 1981).

Contiene una propuesta sobre mecanismos de resolución de conflictos alternativos al procedimiento amistoso, para resolver contiendas de naturaleza tributaria de ámbito internacional.

En particular, se aboga por la introducción del arbitraje en materia de fiscalidad internacional. Su aplicación tendría lugar en defecto de acuerdo entre los Estados para dirimir las controversias tendentes a evitar la doble imposición internacional.

Sus autores realizaron (junto con FRANCKE) una proposición *de lege ferenda* con la esperanza de que ésta se incluyera a modo de cláusula en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (MC OCDE), con el siguiente texto (presentada en el Congreso de la IFA, 1981, Berlín):

> Si uno de los Estados contratantes es de la opinión que uno de sus residentes –debido a diferencias de opinión entre los Estados contratantes respecto a la interpretación o aplicación de este convenio– no ha tributado según el propio tratado, podrá, si la solución no ha sido encontrada por otros medios, requerir el recurso al arbitraje para solucionar dicha controversia. El arbitraje será iniciado mediante un requerimiento ante el Instituto Internacional de Arbitraje en materia fiscal con sede en Estocolmo, sometiéndose a las reglas del mismo. El laudo será vinculante para los Estados contratantes.
>
> (Texto original: *If one of the Contracting States is of the opinion that one of its residents has, due to a difference of opinion between the Contracting States as to the interpretation of application of this Convention, not been taxed according to this Convention it shall, if a solution has not been found by other means, call for arbitration for settlement of this dispute. The arbitration procedure is initiated by a request for arbitration to the International Institute for Arbitration in Tax Disputes in Stockholm and shall follow the rules of that institute. The award shall be binding on the Contracting States*).

Las principales notas definitorias de la propuesta LINDENCRONA-MATTSON son:

1. Naturaleza del arbitraje

Se concibe como una solución alternativa de resolución de conflictos.

2. Requisitos objetivos

a) Sólo se puede acudir al arbitraje habiéndose agotado otras vías para alcanzar el acuerdo.

b) El arbitraje podría ser utilizado para resolver cualquier cuestión en materia de fiscalidad internacional, no limitado, pues, a los conflictos derivados de la aplicación de los precios de transferencia.

c) En tales casos, los Estados deberían hacer uso del arbitraje.

3. Requisitos subjetivos

a) El órgano encargado de dictar el laudo arbitral sería un *Instituto Internacional para el Arbitraje de Conflictos Tributarios*, con sede en Estocolmo, creado por Naciones Unidas, Instituto que garantizaría una resolución uniforme de los problemas.

b) El procedimiento se iniciaría por los Estados, no pudiendo el contribuyente iniciarlo, quien, no obstante, podrá tomar parte a través de su comparecencia o bien a través de la presentación de alegaciones y documentación relevante.

c) La decisión del Instituto Internacional tendría carácter vinculante, tanto para los Estados como para los particulares, no habiendo recurso para interponer contra ésta.

4. Requisitos procedimentales

a) Debe existir una garantía de independencia de los árbitros.

b) Diversidad de nacionalidades de los árbitros.

c) Publicidad de los actos emitidos por dicho instituto internacional para el arbitraje de asuntos de fiscalidad internacional.

5. Financiación

a) *El Instituto Internacional para el Arbitraje de Conflictos Tributarios* debería ser creado por Naciones Unidas para darle la categoría de órgano supranacional.

b) La *financiación* de las distintas contiendas específicas entre los Estados, serían asumidas de forma proporcional por parte de los Estados participantes.

6. Resultados

La OCDE no consideró recomendable para su adopción la propuesta Lindencrona-Mattson, declinando su inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE.

En los años posteriores a que autores realizaran su propuesta (a la que sucedieron otros eminentes informes de distintas organizaciones y autores), los Convenios de Doble Imposición fueron incorporando cláusulas arbitrales. No obstante, el propio Lindencrona ya denunciaba que se trata de cláusulas donde prima la prudencia de los Estados, al no contemplarse en la gran mayoría el arbitraje como un mecanismo obligatorio, ni tampoco haberse determinado un límite de tiempo para que los Estados lleguen a un consenso.

Habría que esperar hasta el año 2008 para ver incluida una mención de la cláusula del arbitraje obligatorio en el MC OCDE. Así, la versión del MC OCDE de 2008, haciéndose eco de las principales conclusiones del Grupo de Trabajo de la OCDE (creado por el Comité de Asuntos Fiscales de dicho ente para mejorar la eficacia del procedimiento amistoso y analizar la inclusión de mecanismos alternativos), introduce en el art. 25, una cláusula de arbitraje obligatorio para aquellos problemas pendientes de resolución concluidos dos años. Amén de ello, se incluye una propuesta de procedimiento arbitral que los Estados podrán, en su caso, decidir acatar.

(Autora: Eva Andrés A. Profesora titular de Derecho tributario de la Universidad de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Lindencrona, Gustaf y Nils Mattsson. *Arbitration in Taxation*. Deventer: Kluwer, 1981. Lindencrona, G. y N. Mattsson. «How to resolve international tax disputes? New approaches to an old problem». *Intertax* n.º 5, 1990. Lindencrona, G. «Recent development of tax treaty arbitration». En *Resolution of Tax Treaties 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association*. Deventer: Kluwer International Law, vol. 18, 1994, pp. 3-4. Francke, J., G. Lindencrona y N. Mattsson. *Informe nacional de Suecia*. Congreso de la *International Fiscal Association*. Berlín, 1981. Chetcuti, Jean Philippe. *Arbitration in International Tax Dispute Resolution,* 2001, http://www.chetcuticauchi.com/jpc/research/tax-arbitration.htm, consultado en fecha 10 junio de 2010. Hinnekens, L. *Different interpretation of the European Tax Arbitration. EC Tax Review*, n.º 4, 1998. Goen, G. «Arbitration in Bilateral Tax Treaties». *Intertax*, issue n.º 30, 2002. Pistone, P. «Time for Arbitrion in International Taxation». *Intertax*, vol. 33, issue n.º 3. Deventer: Kluwer International, 2005. Ribas Ribas, A. *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2003. Rosembuj, T. *El arbitraje fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2010. Schelpe, D. «The Arbitration Convention: its origin, its opportunities and its weaknesses». En *EC Tax Review*, n.º 2, 1995.

Vocablos conexos: Arbitraje tributario. Convenio de doble imposición.

Inicio del arbitraje (ver «Comienzo del arbitraje»)

Inmunidad del Estado

El estatuto internacional del Estado está caracterizado por la nota de la soberanía, clásicamente definida como plenitud de poder. Esta nota esencial corresponde a todos los sujetos originarios del Derecho internacional.

Con independencia de las discusiones acerca de la naturaleza política o jurídica de la soberanía, lo cierto es que impide el sometimiento del Estado soberano a cualquier otro Estado o poder superior. Así, el Derecho internacional se erige como la única sujeción aceptada, facilitada por ser el Estado participante en la elaboración de sus normas y protagonista principal de su aplicación.

Esta nota de igualdad soberana de los Estados y el no sometimiento entre ellos, comportan que en ningún caso sea posible admitir que un Estado pueda verse demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado. De admitirse, implicaría someter un Estado soberano a la voluntad de otro, lo que es incompatible con la soberanía. Por ello, en caso de que un tribunal de un Estado procediera a abrir un procedimiento contra un Estado extranjero, éste deberá alegar, en todo caso, la excepción procesal de *inmunidad de jurisdicción,* que desencadenará la incompetencia de los tribunales estatales para juzgar la actuación de otro Estado.

Ésta es la primera manifestación de la inmunidad del Estado, que se complementa con *la inmunidad de ejecución*, que implica que ni el Estado extranjero ni sus bienes pueden ser objeto de medidas de ejecución por parte de los órganos judiciales o administrativos de otro Estado.

En un sentido amplio, esta inmunidad del Estado se completa con otra, distinta pero relacionada. Se trata de la inmunidad de la que gozan ciertos órganos del Estado y su personal.

En relación con la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, nos encontramos ante normas consuetudinarias formadas o reforzadas por los propios órganos judiciales de los Estados. Su origen se halla en la práctica judicial estatal que enlaza con la inmunidad tradicionalmente reconocida al soberano, resumida en la célebre máxima *the King can do no wrong*.

En una etapa más reciente, ambas inmunidades fueron recogidas en normas internas adoptadas sobre esta materia. Es el caso, por ejemplo, de España con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985.

En el plano regional europeo en 1972, se adoptó el Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados en vigor desde el 11 de junio de 1976. En plano universal, aunque algunos tratados que versan sobre otras materias recogen ciertas disposiciones sobre inmunidades (como lo hace la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, respecto de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado) sólo muy tardíamente, la materia fue objeto de codificación.

La Comisión de Derecho Internacional comenzó su labor codificadora en 1979, que culminó con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 2 de diciembre de 2004.

El 21 de septiembre de 2011, España se adhirió a la Convención que todavía no ha entrado en vigor. Ésta avanza muy lentamente en su camino de ser la norma convencional reguladora de la inmunidad de jurisdicción y de la de ejecución del Estado. Sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones han de ser consideradas como expresión de las normas consuetudinarias actualmente en vigor.

Así, si tradicionalmente, el Estado gozaba de inmunidad de jurisdicción absoluta, sus progresivas incursiones en ámbitos tradicionalmente propios de las actuaciones privadas (*actos ex iure gestionis*) comportaron la tendencia hacia restricciones de la inmunidad de jurisdicción, conservada intacta para los *actos ex iure imperii*.

Como reflejo de esta evolución, el principio general recogido en el art. 5 de la Convención, sigue siendo la inmunidad de jurisdicción del Estado para sí y para sus bienes. No obstante, a continuación, se recogen toda una serie de excepciones. Unas responden a los supuestos de carácter económico, como es el caso de las transacciones mercantiles, salvo que se haya pactado expresamente otra cosa o ésta tenga lugar entre Estados, o los conflictos relativos a la propiedad, posesión, uso de bienes, propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades, buques propiedad de un Estado o explotados por éste, efectos de un convenio arbitral. De todas ellas, destacan por su mayor litigiosidad y relevancia económica, los procesos relativos a las transacciones mercantiles que plantean el problema de determinar qué se entiende por tales y qué alcance es el establecido en las excepciones previstas en la disposición. Las otras excepciones recogidas obedecen a la protección de algunos derechos de las personas, como son los contratos de trabajo entre un Estado y una persona natural respecto de una tarea que se lleve a cabo total o parcialmente en el territorio de otro Estado (salvo ciertas excepciones), y los procesos derivados de lesiones a personas y daños a bienes, si el acto u omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de otro Estado, y si el autor se encontraba en ese territorio en el momento del acto u omisión.

En un proceso paralelo a la inmunidad de jurisdicción, tampoco en la actualidad se considera absoluta la inmunidad de ejecución, que opera igualmente como excepción procesal, impidiendo la ejecución de la decisión en el caso de que el procedimiento se hubiera llevado a cabo. La Convención contempla dos excepciones a la regla general de la inmunidad de ejecución, con fundamento ambas en el consentimiento del Estado, ya sea de forma expresa, tácita o implícita. Se trata, por un lado, del consentimiento expreso del Estado; y, por otro, del supuesto en el que el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. A ellas se añade, en el caso de medidas coercitivas posteriores a la sentencia, la posibilidad de ejecución contra bienes que se utilizan específicamente o que se destinan por el Estado, a fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro.

En todo caso, la Convención recoge con toda claridad una serie de bienes que en ningún caso (presunción *iuris et de iure*) pueden ser objeto de ejecución, por tratarse de bienes adscritos, en todo caso, a actos *ex iure imperio*. Se trata de los bienes, incluidas las cuentas bancarias utilizadas por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, los bienes de carácter militar o utilizados en funciones militares, los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado, los bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado y que no estén a la venta, y los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural e histórico que tampoco estén a la venta.

Dado que no resulta fácil hallar otros bienes del Estado que se encuentren en el territorio del foro, puede afirmarse que, pese a las excepciones a la inmunidad de ejecución, los intereses de los particulares en sus relaciones jurídicas con un Estado extranjero, gozan de muy escasa protección en la práctica.

Además del Estado, gozan igualmente de *ciertos privilegios e inmunidades específicas, determinados órganos del Estado*, en concreto, los encargados del ejercicio de las relaciones con los otros sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Así, el Jefe del Estado, el Presidente de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, como órganos centrales y las misiones diplomáticas y misiones especiales, las representaciones permanentes ante organizaciones o conferencias internacionales, las oficinas consulares y las instituciones y servicios de la administración en el exterior, gozan de una serie de privilegios e inmunidades que permiten que ejerzan sus funciones de forma independiente. En el caso de los órganos en el exterior, que ejercen en gran medida su función en un Estado extranjero, estos privilegios e inmunidades están recogidos convencionalmente, en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, el Convenio sobre Relaciones Consulares de 1962, la Convención sobre Misiones Especiales de 1969 y el Convenio sobre las representaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975.

En cambio, la protección de los órganos centrales tiene un carácter esencialmente consuetudinario, con independencia de que, habitualmente, viene recogida en las propias normas internas del Estado.

Una vez fijado el alcance actual de la inmunidad de jurisdicción del Estado, resta por resolver una importante cuestión: la de determinar si se mantiene la inmunidad de jurisdicción del Estado en el caso de actos *ex iure imperii* que constituyan ilícitos internacionales cuando éstos supongan la violación de una obligación internacional derivada de una norma imperativa de Derecho internacional general.

La naturaleza propia de estas normas imperativas debiera comportar que cediera la inmunidad de jurisdicción, sumándose este supuesto a las excepciones expresamente recogidas en la Convención. Sin embargo, la cuestión es controvertida. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos primó, en el Asunto Al-Adsani *vs*. UK (21 de noviembre de 2001) la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a la prohibición de la tortura.

Además, en la delicada cuestión de la relación ente el principio de inmunidad del Estado y el derecho de acceso a un tribunal recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las sentencias de 21 de noviembre de 2001 de la Gran Sala del Tribunal Europeo, supusieron perder una oportunidad histórica de sentar un precedente jurisprudencial que conciliara el derecho individual de acceso a un tribunal que conozca de una demanda de indemnización por lesiones personales, con el clásico principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.

Sin embargo, en la sentencia de 23 de marzo de 2010, en el *asunto Cudak c/ Lituania*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló, finalmente, a favor de la protección efectiva del derecho de acceso a un tribunal, delimitando el alcance de la inmunidad restringida. Para ello el Tribunal, sin cuestionar su jurisprudencia anterior, se apoyó en la naturaleza consuetudinaria de las excepciones a la regla de la inmunidad del Estado, lo que abre una nueva vía.

Si a ello se añade la práctica de distintos tribunales nacionales, entre los que cabe destacar los estadounidenses tras la aprobación de normas específicas en la lucha contra el terrorismo internacional junto a la de Italia y Grecia, parecen existir ciertos indicios del nacimiento de una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado en el caso de comportamientos contrarios a las normas de *ius cogens*, en especial, en los casos de violaciones graves de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Sin embargo, no puede afirmarse que dicha excepción se haya cristalizado ya como norma consuetudinaria. Así, al menos lo ha considerado la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia de 3 de febrero de 2012, en el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania c/ Italia*; intervención de Grecia).

La Corte considera, en ese caso, que el Derecho internacional consuetudinario establece el reconocimiento de la inmunidad del Estado, aun en aquellos casos en que las fuerzas armadas u otros órganos de aquél, son acusados de haber cometido en el territorio de otro Estado, actos que den origen a la responsabilidad por daños en el curso de un conflicto armado. Considera, asimismo, que la inmunidad de jurisdicción de Estado es aplicable aun en casos en que se acusa al Estado de graves violaciones de Derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho internacional de los conflictos armados, y que la aplicación de la regla de inmunidad de jurisdicción del Estado no puede ser dejada sin efecto, aun cuando en el procedimiento seguido contra aquél, se invoquen violaciones a normas de *jus cogens*.

Por tanto, niega la existencia en el Derecho internacional consuetudinario de una excepción a la regla general de la inmunidad de jurisdicción, en el supuesto de lesiones y daños causados por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, en el contexto de un conflicto armado, aunque se trate de violaciones de normas imperativas de Derecho internacional general.

En este caso, en concreto, la Corte Internacional de Justicia decidió que Italia había violado las normas consuetudinarias relativas a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, al negar los tribunales italianos, la inmunidad de jurisdicción de Alemania, ante las demandas civiles presentadas contra el Estado alemán por las víctimas de las vulneraciones graves del Derecho internacional humanitario, cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por las tropas de Hitler.

Sin embargo, no puede olvidarse que la modificación de las normas consuetudinarias de Derecho internacional, comienza siempre con una práctica que, necesariamente, supone una violación de la norma en vigor, para pasar a generalizarse y, finalmente, representar una práctica generalizada y aceptada.

Pese a ello, en este asunto relativo a las inmunidades jurisdiccionales del Estado, la Corte Internacional de Justicia resuelve a favor de la inmunidad estatal, el dilema que se plantean los tribunales nacionales cuando se ven obligados a decidir bien la aplicación de las normas de *jus cogens* sobre derechos humanos y Derecho internacional humanitario, a los efectos de obtener una reparación tras la presentación de una demanda civil contra un Estado extranjero, por los actos cometidos por sus tropas en el marco de una situación de conflicto armado en el territorio del Estado del foro o bien la aplicación de las normas que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro.

No obstante, algunas opiniones disidentes y muy significativamente la del Juez Cançado Trindade, expresan la importancia del principio del respeto de los derechos humanos, como principio que debe impregnar y debe afectar decisivamente la aplicación de cualquier sector de normas del ordenamiento internacional; y, en este caso concreto, el relativo a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales de otro Estado.

Es de desear que, finalmente, el Derecho internacional prime la protección de la persona, y de los derechos humanos, incluida la efectiva reparación de las víctimas de violaciones de dichas normas o de las de Derecho internacional humanitario frente a los intereses de los Estados, y que desaparezca la inmunidad de jurisdicción por los actos llevados a cabo por fuerzas armadas de un Estado en el territorio de terceros Estados, en el contexto de una situación de conflicto armado.

No obstante, la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 significa, de momento, un importante freno al proceso de formación de la nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado.

(Autor: M.ª Ángeles Cano Linares. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

Referencias bibliográficas: Almqvist, Jessica. «Inmunidad del Estado y derechos humanos». *Revista de estudios políticos*, n.º 136, 200, pp. 328-332. Andrés Sáenz de Santa María, Paz. «El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero: (jurisdicción y ejecución)». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, n.º 11, pp. 91-223. Bou Franch, Valentín. «Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*. El asunto Al-Adsani contra el Reino Unido». *Anuario de Derecho Internacional,* 2002, n.º 18, pp. 279-303. Carrera Hernández, F. Jesús. «La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes». *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º lviii-2, julio 2006, pp. 711-736. Chueca Sancho, Ángel Gregorio. «Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, n.º 65, pp. 113-146. Díaz Barrado, Cástor. *El Derecho internacional del tiempo presente*. Madrid: Dyckinson, 2004. Díaz Candia, Hernando. «Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales». *Arbitraje*. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. 5, n.º 3, 2012, pp. 725-757. Ferrer Lloret, Jaume. «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, vol. 59, n.º 1, pp. 29-63. Ferrer Lloret, Jaume. «La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, n.º 24, pp. 36. Garrido Muñoz, Asier. «Un paso moderado, aunque necesario y técnicamente novedoso, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado. Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 en el asunto *Cudak c/ Lituania*». *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, n.º 21. Gómez Jené, Miguel. «Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales». *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 155-178. Gutiérrez Espada, Cesáreo. «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 2, pp. 145-169. Gutiérrez Espada, Cesáreo y M.ª José Cervell Hortal. *El Derecho internacional en la encrucijada*. Salamanca: Trotta, 2008. Mastaglia, Gabriela T. «Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia». *Ars Boni et Aequi*, 2012, vol. 8, n.º 2. Quintana Aranguren, Juan José y Gonzalo Guzmán Carrasco. «De espaldas al Derecho internacional. Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2006, n.° 8, pp. 53-102. Salamanca Aguado, Esther. «Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un tribunal, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Mcelhinney c/. Irlanda*». *Anuario de Derecho Internacional*, 2002, n.º 18, pp. 347-387. Sánchez Patrón, José Manuel. «La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el Caso Montasa/EE.UU». *Revista Española de Derecho Internacional*, enero 2005, n.º lvii-1, pp. 171-185.

Vocablos conexos: Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Ejecución del laudo. *Iure gestionis.*

Interrogatorio de testigos (ver «Examen de testigos»)

Inversión

En el llamado *arbitraje de inversión*, el concepto de inversión es esencial a los efectos de determinar si las partes han consentido el arbitraje y si el tribunal arbitral es competente. Es, igualmente, esencial para determinar la jurisdicción del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). El Ciadi está especializado en la administración de esta clase de arbitrajes y fue creado por el llamado Convenio de Washington en 1965 bajo los auspicios del Banco Mundial, en un momento en que otras iniciativas multilaterales para la protección de la inversión extranjera, estaban estancadas.

En general, instrumentos internacionales como los acuerdos de promoción y protección de inversiones (Appri), el Tratado de la Carta de la Energía o los tratados de libre comercio regionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan) o el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (conocido como Cafta, por su sigla en inglés), utilizan definiciones amplias de este vocablo. La definición típica de inversión entiende que este concepto incluye «todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza» y a continuación sigue una lista de ejemplos que dista de ser exhaustiva. Ésta es la técnica más común en los tratados bilaterales y la utilizada en la Carta de la Energía. Por otra parte, el Tlcan adopta una definición comprensiva con excepciones. Así se excluyen las reclamaciones pecuniarias derivadas, exclusivamente, de bienes o servicios y el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, o cualquier otra reclamación pecuniaria que sea independiente de los intereses que se han descrito como constituyentes de una inversión. (art. 1139).

El Convenio Ciadi no define «inversión» al no haber habido consenso sobre su contenido, en el momento de su negociación. La discreción de que gozan las partes, ha permitido que dentro de ciertos límites, el término «inversión» abarque formas nuevas de inversión que han ido desarrollando los inversores y los Estados, según señala el laudo en el asunto *Mihaly International Corporation c/ Sri Lanka* (Icsid Case n.° ARB/00/2, Laudo, párr. 33). Sin embargo, esa discreción no es ilimitada y no puede ser ejercida hasta el punto que sea inconsecuente con los fines del Convenio Ciadi. Los tribunales arbitrales continúan buscando los límites del concepto de inversión en el contexto del Ciadi y hasta qué punto la amplitud de la definición includida en los Appri sobrepasa estos límites.

La determinación de si existe inversión está influida por el enfoque adoptado por el tribunal arbitral. En un enfoque global, el más frecuente, el tribunal arbitral analiza como una unidad los varios elementos que constituyen la inversión (*Saipem SpA vs. Bangladesh*, Icsid Case n.° ARB/05/7, Decisión sobre jurisdicción). Sin embargo, también se da el caso de tribunales que consideran solamente uno de los elementos con la posible consecuencia que la operación analizada no sea considerada una inversión (*Joy Mining Machinery vs. Egipto*, Icsid Case n.° ARB/03/11, Laudo, y *Pseg Global Inc. et al vs. Turquía*, Icsid Case n.° ARB/02/5, Decisión sobre jurisdicción).

Por otra parte, hay tribunales arbitrales que consideran la inversión desde el punto de vista de la realidad económica de la operación, es decir, de su substancia. El tribunal arbitral en el asunto *ADC* manifestó que «Mientras debe prestarse atención a cómo el Appri define "inversión", el Tribunal estima que es la sustancia de la operación lo que revela si la inversión fue hecha». (*ADC Affiliat Limited y ADC & ADMC Management Limited c/ Hungría*, Icsid Case n.° ARB/03/16, Laudo, párr. 325). Mientras otros tribunales dan preferencia a la forma que la operación reviste (*Berschader c/ Rusia*, SSC Case n.° 080/2004, Laudo de jurisdicción, párr. 148).

Los tribunales arbitrales han intentado identificar las características esenciales que deben darse para que una inversión sea considerada como tal, la denominada prueba Salini por el asunto en que fueron señaladas (Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c/ Marruecos, Icsid Case n.° ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción, párr. 43 y ss.). Esta prueba identifica como características que debe reunir una inversión: su duración, la regularidad de su rentabilidad, la existencia de una asunción de riesgo por parte del inversor y un compromiso substancial. A estas características algunos tribunales han añadido la importancia de la operación para el desarrollo económico del país receptor por ser ése uno de los considerandos del Convenio Ciadi: «Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado».

Este esfuerzo de definición ha sido acogido por los tribunales arbitrales de forma diversa. Mientras que hay tribunales que han considerado cada característica como una cualidad esencial de la inversión cuya inexistencia tiene la consecuencia de denegar a la operación analizada, el carácter de inversión; es decir, han adoptado un enfoque jurisdiccional, otros tribunales han considerado estas características como elementos descriptivos a ser utilizados como guía. La crítica al enfoque jurisdiccional señala la dificultad de considerar las características enunciadas en *Salini* como esenciales, dada su relatividad. De esta manera, el tribunal arbitral, en el asunto *Pantechniki,* critica la prueba Salini porque deja demasiado margen a la apreciación de los tribunales arbitrales. Según el laudo, en este asunto hay dos límites claramente definidos en el Convenio Ciadi: la diferencia debe ser de naturaleza jurídica y las partes deben ser un Estado contratante y un ciudadano de otro Estado contratante. Estas limitaciones deberían ser suficientes para satisfacer las condiciones del Convenio Ciadi (*Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c/ Albania*, Icsid Case n.° ARB/07/21, Laudo, párr. 40).

La contribución al desarrollo económico puede tardar un período de tiempo indeterminado en producirse, y el concepto mismo de lo que constituye desarrollo económico, se presta a opiniones diversas. Los asuntos de *Historical Salvors* (*Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malasia*, Icsid Case n.° ARB/05/10, Laudo) y *Mitchell* (*Mr. Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo*, Icsid Case n.° ARB/99/7, Decisión sobre la solicitud de anulación) demuestran las incertidumbres de adentrarse por esta senda. Mientras que el Banco Mundial, de cuyo grupo forma parte el Ciadi, ha considerado la cultura y los servicios jurídicos como factores que influyen en el desarrollo económico, y los ha incluido dentro de su mandato a los efectos de financiar proyectos de infraestructura jurídica o cultural, el tribunal en *Historical Salvors* y el Comité de Anulación en *Mitchell,* los excluyeron en su apreciación de la contribución de la inversión al desarrollo económico.

Los tribunales discrepan en cuanto al concepto de inversión derivado del Convenio Ciadi y su relación con las definiciones que encontramos en los Appri u otros instrumentos internacionales. Si se bifurca el significado de inversión en los Appri; por una parte, y en el Convenio Ciadi por otra, como han hecho algunos tribunales, se deniega a los Estados contratantes de dicho Convenio, el derecho a referir al Ciadi diferencias jurídicas si han definido «inversión» de forma demasiado amplia en sus Appri. No obstante la certeza de esta consecuencia, los tribunales arbitrales, rara vez la han tenido en cuenta (*Pantechniki*, Laudo, párr. 41). Tal bifurcación también conlleva la fragmentación del mismo concepto en convenios concluidos por las mismas partes. El tribunal en *Abaclat* ha intentado salvar estas diferencias señalando que el Convenio Ciadi y los Appri enfocan diferentes aspectos del concepto de inversión. El primero concierne la contribución del inversor; el segundo los derechos y el valor derivados de dicha contribución. No se trata de que «la definición de inversión establecida por dos Estados en un TBI deba coincidir con la emanada del espíritu del Convenio del Ciadi. Por el contrario, es la inversión de que se trata la que debe ser congruente con ambos conceptos, sabiendo que cada

una de ellas [las definiciones] se centra en otro aspecto de la inversión». (*Abaclat y otros c/ Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, párr. 387(i). Ver también pp. 133-152 y la opinión particular del professor G. Abi-Saab).

Conclusiones

La experiencia acumulada por los tribunales arbitrales hasta la fecha, demuestra la dificultad de llegar a una definición general de inversión, dada la gran variedad de situaciones de hecho y lo acertado de no considerar las características de la prueba Salini, como condiciones que deben cumplirse en su totalidad para que el tribunal arbitral sea competente. La relatividad de esos elementos crea una incertidumbre mayor que la que resulta de valorar una operación, teniendo presente el significado ordinario del vocablo «inversión», analizado en su contexto.

(Autor: Andrés Rigo Sureda. Árbitro y mediador internacional. Antiguo Vice-presidente adjunto del Banco Mundial).

Referencias bibliográficas: Schreuer, Christoph *et al. The Icsid Convention. A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición, pp. 114-141. Gaillard, Emmanuel. *La jurisprudence du Cirdi*, vols. i y ii. París: Éditions A. Pedone, 2004 y 2010. Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Rigo Sureda, Andrés. *Investment Treaty Arbitration. Judging under Uncertainty.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 56-75.

Inversor extranjero

Las normas sobre inversión internacional tienen por objeto promover y proteger las actividades de inversión del inversor extranjero, quien puede ser una persona natural o jurídica, siendo la mayoría de las veces una persona jurídica. Entre estas últimas también se cuentan a los Estados y sus organismos, en la medida que actúen en el marco de sus competencias comerciales y no gubernamentales.

La cualidad de *extranjera*, de una inversión, está dada por la nacionalidad del inversor. En este sentido, el origen del capital de la inversión no es relevante a efectos de determinar si una inversión es o no extranjera.

Por norma general, será un tratado de protección de inversiones el que determinará la nacionalidad del inversor. Si el país del cual el inversor es «nacional», cuenta con un tratado bilateral de protección de inversiones con el país receptor de la inversión, deberá acreditar que cuenta con dicha nacionalidad. Por su parte, si pretende valerse del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones («Convenio Ciadi») o de un tratado de inversiones de carácter regional, tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte («Tlcan») o el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones («Asean»); o especiales, como el Tratado sobre la Carta de la Energía, deberá demostrar que cuenta con la nacionalidad de algunos de los Estados parte del respectivo tratado. La nacionalidad del inversor es relevante, principalmente, porque sólo ella garantiza la protección de la inversión prevista por un tratado y porque la jurisdicción de un tribunal depende, entre otros elementos, de la nacionalidad del demandante.

La nacionalidad de un inversor es determinada, en primer lugar, por la ley del lugar cuya nacionalidad se reclama. Para esos efectos, un certificado emitido por una autoridad competente del país cuya nacionalidad se alega poseer, acreditando la ciudadanía del inversor o el lugar de constitución o de la sede social de la compañía inversora, es prueba necesaria aunque no concluyente. En *Soufraki c/ Emiratos Árabes Unidos* (caso Ciadi n.° ARB/02/7, sentencia del 7 de julio de 2004), no obstante los certificados de nacionalidad provistos por la autoridad italiana, el tribunal descubrió que el demandante había perdido la nacionalidad italiana por haber contraído la canadiense, perdiendo por igual motivo la protección de los tratados que lo hubieran amparado, en tanto nacional de Italia. En los casos de doble nacionalidad del inversor, se ha resuelto que ello no obsta a la protección por un tratado (*Olguín c/Paraguay*, caso Ciadi n.° ARB/98/5, sentencia del 26 de julio de 2001). No obstante, según el Convenio Ciadi, los inversores que detenten la misma nacionalidad que el Estado receptor no podrán prevalecerse de aquélla, a menos que, en el caso de las personas jurídicas, los Estados parte de un tratado hayan acordado lo contrario a la fecha de someterse a la jurisdicción del Ciadi (Convenio Ciadi, art. 25.2).

Hasta hace poco, no era pacífica la situación respecto de sociedades extranjeras cuyos socios o accionistas son nacionales del Estado parte de la controversia. No obstante, en el asunto *Tokios Tokelés c/ Ucrania* (caso Ciadi n.° ARB/02/18, decisión del 26 de julio de 2007), el tribunal se declaró competente, a pesar de que los accionistas últimos de la sociedad extranjera demandante, eran nacionales del Estado parte en el arbitraje

(Ucrania). La mayoría de la doctrina y tribunales arbitrales han seguido esta línea, siendo, por lo tanto, el criterio determinante, la nacionalidad formal del inversor (ya sea éste persona jurídica o natural) y no la de sus accionistas o empresas matrices.

(Autor: John Adam. Latham & Watkins, París).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, G. *International Arbitration: Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2012. DOLZER, R. y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

IURA NOVIT CURIA

Iura novit curia es un principio de Derecho procesal, generalmente seguido en los sistemas judiciales continentales. De acuerdo con él, es el juez o tribunal encargado de resolver el caso quien debe decidir qué normas y teorías jurídicas resultan aplicables. En otras palabras, las partes le presentan los hechos al juzgador, pero es el juzgador el que determina cuál es el derecho con el que corresponde juzgar esos hechos (de ahí que a menudo el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius* se utilice como equivalente de *iura novit curia*).

Llevado hasta el extremo, el principio *iura novit curia* permitiría al juzgador aplicar una teoría jurídica que las partes no hayan alegado o caracterizar jurídicamente los hechos de manera diferente a cómo lo hayan hecho las partes. Así, por ejemplo, el principio *iura novit curia* habilitaría al juzgador para decidir que el contrato objeto de la controversia es una donación, a pesar de que las partes lo hayan llamado una compraventa, o que el demandante tiene derecho a daños extracontractuales, a pesar de haber reclamado sólo daños contractuales.

Son varias las razones por las que el principio *iura novit curia* presenta dificultades cuando se lo trata de aplicar al arbitraje internacional.

En primer lugar, el principio *iura novit curia* resulta, en general, extraño a la tradición jurídica anglosajona y eso ha limitado notablemente su aceptación internacional, especialmente, en casos en los que los participantes proceden de sistemas legales distintos del continental.

En segundo lugar, la idea de que el arbitraje *pertenece* a las partes, está muy arraigada en el ámbito internacional, y una aplicación a ultranza del principio *iura novit curia* en última instancia privaría a las partes del control sobre las teorías jurídicas aplicables y limitaría su influencia sobre la conducción y resolución del proceso.

En tercer lugar, el principio *iura novit curia* trata de asegurar que el Derecho se aplique correctamente, incluso si las partes están mal asistidas por letrado o explican su posición jurídica en una forma poco diestra. Sin embargo, este problema rara vez se presenta en el arbitraje internacional, en el que es frecuente que los abogados intervinientes tengan amplia experiencia y conocimientos.

En cuarto lugar, una aplicación rigorista del principio *iura novit curia* puede dejar a las partes en indefensión o privarlas del derecho al debido proceso. Así, sucedería, por ejemplo, si el laudo final aplicara una teoría, una norma o una jurisprudencia que ninguna de las partes hubiera considerado y que causara sorpresa por su incompatibilidad o diferencia con el modo en que se hubiera presentado el caso.

En quinto lugar, en el arbitraje internacional el Derecho sustantivo aplicable es frecuentemente considerado como un hecho cuya existencia, contenido e interpretación están sujetos a prueba; prueba que puede ser documental, pericial, etc. Una aplicación rigorista del principio *iura novit curia* permitiría, entonces, que el tribunal prescindiera de la prueba practicada sobre el Derecho aplicable y la sustituyera por su conocimiento o investigaciones privadas, de nuevo con el consiguiente riesgo de lesionar los derechos procesales de las partes.

Todo lo anterior ha llevado a un intenso debate sobre los límites a que están sujetos los árbitros a la hora de aplicar el Derecho que consideran correcto; y, por tanto, y en última instancia, sobre qué vigencia tiene el principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional.

Como a menudo ocurre, el debate sigue abierto y no hay una solución absoluta que permita resolver todos los casos que se plantean en la práctica. A modo de resumen, las siguientes son unas guías generalmente aceptadas:

a. Como regla general, el tribunal tiene la facultad de efectuar su propia investigación jurídica. Esta investigación comprende, desde luego, la lectura y análisis de las normas, jurisprudencia y doctrina aportadas por las partes. Además, la investigación del tribunal puede incluir la búsqueda, lectura y análisis de normas, jurisprudencia y doctrina no aportadas por las partes.

b. Ahora bien, si el tribunal desea aplicar una cierta norma, jurisprudencia o doctrina que previamente no haya sido alegada por las partes, entonces, es una práctica recomendable someter esa norma, jurisprudencia o doctrina a la consideración de las partes y ofrecerles una oportunidad de presentar comentarios al respecto.

c. En el caso de que el tribunal haya considerado normas, jurisprudencia o doctrina que no hayan sido alegadas por las partes y que no sean decisivas para el caso, el tribunal normalmente tiene libertad para determinar si pide comentarios a las partes sobre esas normas, jurisprudencia, o doctrina. Ahora bien, si, aunque no sean decisivas para el caso, esas normas, jurisprudencia o doctrina, de algún modo, han podido condicionar el modo de pensar del tribunal o influir en su aproximación al caso, entonces, es prudente revelar esas normas, jurisprudencia o doctrina, a las partes y pedirles su opinión sobre ellas.

d. Igualmente, es prudente pedir a las partes su parecer cuando el tribunal ha tomado en cuenta elementos de «*soft law*» (recomendaciones de organizaciones internacionales, soluciones del Derecho comparado) que no han sido alegadas por las partes, pero que el tribunal considera que han podido condicionar el modo del tribunal de entender el asunto.

e. Es importante conocer y gestionar las expectativas de los participantes en el arbitraje. En un caso en el que los participantes (árbitros, partes y abogados, fundamentalmente) proceden del mismo país y jurisdicción, la obligación de consultar a las partes a que se ha aludido en los párrafos anteriores puede quedar atenuada. (Razón: en ese caso, el riesgo de sorpresa –esto es, el riesgo de aplicar una teoría o solución que las partes no preveían– es menor, porque las partes y sus abogados deben conocer lo suficientemente bien su sistema jurídico de origen como para anticipar las teorías o soluciones jurídicas aplicables).

f. Igualmente, parece fuera de toda duda que normas jurídicas básicas y universalmente aceptadas, como por ejemplo, la regla *pacta sunt servanda*, pueden ser invocadas por un tribunal, incluso si las partes no las hubieran mencionado expresamente.

(Autor: Aníbal Sabater. Chaffetz Lindsey. Nueva York).

Referencias bibliográficas: Alberti, Christian P. *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?* Kröll, Stefan Michael, Loukas A. Mistelis *et al.* (ed.). *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Londres: Kluwer Law International 2011, pp. 3 y ss. Von Wobeser, Claus. *The Effective Use of Legal Sources: How much is too much and what is the Role for* Iura Novit Curia? Van den Berg, Albert Jan (ed.). «Arbitration Advocacy in Changing Times». *ICCA Congress Series* 2010. Londres: Kluwer Law International, 2011, vol.15, pp. 207 y ss.

Iure gestionis

Los actos *iure gestionis*, por contraposición a los actos *iure imperii*, son aquellos actos de los Estados a los cuales el Derecho internacional no reconoce inmunidad, como bien pueden ser las actividades comerciales del Estado o los contratos laborales de embajadas o consulados celebrados con personal reclutado en el Estado receptor.

Un aspecto importante en este ámbito es distinguir entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. Los Estados pueden renunciar a su inmunidad para someterse a un litigio, pero en este contexto es importante señalar que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, que ha de ser expresa, no implica inmunidad de ejecución.

En el ámbito arbitral, el tema de los actos *iure gestionis* se conecta con la posibilidad de que las cuentas o propiedades de un Estado que se encuentran en otro Estado (en el Estado donde se pretende la ejecución del laudo) puedan ser o no embargados, en virtud de una ejecución de un laudo arbitral. Dicho a modo de ejemplo, si un tribunal arbitral dictara un laudo contra un Estado y éste tuviere cuentas bancarias e inmuebles en otro Estado bajo el concepto de *ius imperii*, tales cuentas o propiedades serían inembargables, tal como ocurriría, por ejemplo, en el caso de las cuentas bancarias de un Consulado cuando éstas fuesen utilizadas

para la recaudación consular por trámites de sus nacionales. Lo mismo ocurriría si se tratara de un buque de guerra o si los inmuebles que se pretenden embargar, fuesen la sede de una embajada o un consulado.

Por el contrario, si las cuentas bancarias del Estado contra el que se solicita que se ejecute un laudo, correspondieran en exclusiva a actividades comerciales u otros actos de naturaleza privada; si se tratara de un barco mercante no militar (de una empresa estatal por ejemplo), o si se tratara de unos inmuebles ajenos a la cobertura de inmunidad que brinda el Derecho internacional (como puede ser un inmueble comprado para ser destinado al alojamiento de deportistas); entonces, estos activos o bienes muebles o inmuebles, podrían ser susceptibles de quedar afectados para la ejecución del laudo.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

VOCABLOS CONEXOS: Inmunidad del Estado. Actos *ius imperii.*

IUS IMPERII (VER «INMUNIDAD DEL ESTADO»)

IUS VARIANDI

En la contratación pública, se conoce por *ius variandi* al conjunto de prerrogativas en manos de las administraciones públicas para poder modificar los contratos por razones de interés público. A diferencia de la regla general de la invariabilidad de los contratos privados, en Derecho público se faculta a una de las partes contratantes, concretamente a la administración, para alterar el contenido contractual, siendo tal alteración obligatoria para el contratista, siempre que se cumplan los requisitos materiales y formales que resultan de aplicación, por cuanto esta prerrogativa no es una atribución legal indiscriminada o de libre criterio, sino de aplicación restrictiva.

En cuanto a sus límites, el poder de variación precisa de expediente contradictorio con audiencia al contratista, de dictamen preceptivo del órgano consultivo administrativo, así como de la debida motivación de dicha modificación sobre los hechos y causas imprevistas que lo requieren; debiendo, en cualquier caso, estar fijadas en los pliegos contractuales y en el propio contrato, las condiciones, formales y sustantivas, de su legítimo ejercicio.

El *ius variandi*, como se acaba de indicar, precisa que el órgano de contratación tramite un expediente en el que la administración lo proponga y justifique documentalmente, previa audiencia al contratista y fiscalización del gasto que supone. Dentro del citado expediente, se ha venido considerando como documentos esenciales el informe jurídico favorable a la modificación; la fiscalización económica; el informe del organismo encargado del control presupuestario de la administración pública de que se trate; la memoria explicativa a cargo del director facultativo de la obra o servicio contratado en la que argumente la desviación que motiva la variación, expresando las causas imprevistas en el pliego de prescripciones técnicas o en el proyecto correspondiente.

En cuanto a las exigencias de orden material, el *ius variandi* debe responder siempre a exigencias de interés público, debidamente motivadas sobre hechos concretos, como quiera que dicho interés público no es sinónimo de libre voluntad de la administración contratante. Perfeccionado el contrato administrativo, la administración únicamente puede modificarlo por razones motivadas, justificadas y contrastadas, de interés público en sus elementos integrantes, y siempre que, además, tales causas sean en rigor imprevistas, justificándolo todo ello en el oportuno expediente. Así, pues, sin causas imprevistas justificadas, o sin necesidades nuevas, no es posible modificar el contrato.

Respecto de las causas técnicas imprevistas, éstas no son sinónimo de imprevisiones del proyecto que se contrata, toda vez que éstas no pueden dar lugar al ejercicio del poder de variación, sino tan sólo aquellas causas que no pudieron preverse en el proyecto inicial, y que sí deben considerarse en su versión modificada.

De igual modo, los tribunales y la doctrina de los órganos consultivos han ajustado en los últimos tiempos el concepto de nuevas necesidades que motiva el *ius variandi*, al tener ahora que ser concretadas en cada caso de forma cumplida por parte de la administración pública, para evitar, de esta manera, que se solape bajo un *ius variandi*, lo que debería ser una nueva contratación, sometida a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, entre otros.

Además, cuando la modificación supone, de forma aislada o conjuntamente, un incremento del contrato en más de un veinte por ciento de su precio de adjudicación inicial, determinadas legislaciones prevén la causa de resolución del contrato.

(Autor: Javier Junceda Moreno. Profesor titular de Derecho administrativo).

Referencias bibliográficas: Gallego Córcoles, I. «Ejercicio del *ius variandi*». En *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 2006, n.º 55, pp. 48-59. Rodríguez-Arana Muñoz, J. «La modulación del *ius variandi* a través del interés general como fundamento de las prórrogas de las concesiones de servicios públicos». *Revista Jurídica de Catalunya*, ISSN 0210-4296, vol. 88, n.º 1, 1989, pp. 175-182. Horgué Baena, C. *La modificación del contrato administrativo de obra: el* ius variandi. Madrid: Marcial Pons, 1997.

Vocablos conexos: *Pacta sunt servanda.* Arbitraje de Estado. Arbitraje en la contratación pública. Contratos administrativos.

J

Juez de apoyo

1. Introducción

La resolución de controversias por arbitraje excluye, en principio, la intervención de la autoridad judicial estatal durante el procedimiento arbitral. Sin embargo, el rápido e intenso desarrollo de este método de resolución de controversias, ha destacado la necesidad de un apoyo externo al arbitraje. Cuando las partes no hayan elegido al arbitraje institucional, este apoyo debe ser prestado por el juez.

El apoyo del juez estatal al arbitraje, a solicitud de las partes o del tribunal arbitral, resulta de la necesidad de asegurar el funcionamiento eficaz del procedimiento arbitral, cuando el arbitraje encuentra sus propios límites.

Vale resaltar, sin embargo, que este apoyo del juez estatal es siempre auxiliar al arbitraje. Su rol es limitado, tanto en cuanto a su capacidad de intervención (ha de ser solicitado por las partes o por el tribunal arbitral), como en cuanto a sus prerrogativas.

La mayoría de leyes de arbitraje establecen las funciones y atribuciones del juez estatal que interviene en apoyo del arbitraje sin introducir, desde un punto de vista terminológico, el término «juez de apoyo», originado en la práctica suiza de arbitraje. Fue la reciente legislación francesa de arbitraje (Decreto n.° 2011-48 del 13 de enero de 2011), la que codificó el propio término de *juge d'appui* en el Código Procesal Civil francés (en adelante, «CPC francés»).

Sin embargo, en Derecho francés, hay que distinguir el juez de apoyo de otros jueces que pueden, en diferentes ocasiones, intervenir para resolver asuntos relacionados con el procedimiento arbitral. En particular, no se debe confundir el juez de apoyo con el juez competente para ordenar medidas conservatorias y provisionales u ordenar a terceros que exhiban documentos.

Por último, es importante distinguir el juez que apoya el arbitraje, del juez del exequátur o del juez encargado de controlar el laudo. En efecto, el rol del juez de apoyo es asistir a las partes y al tribunal arbitral para permitir el buen desarrollo del procedimiento, y que se dicte un laudo válido, mientras que las intervenciones del juez del exequátur son posteriores al procedimiento arbitral.

2. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional del 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo de la Cnudmi»)

La Ley Modelo de la Cnudmi prevé varios casos de intervención del juez estatal durante el procedimiento arbitral, que se enumeran de manera exhaustiva (art. 5). En estos casos, la Ley Modelo de la Cnudmi no permite el recurso contra las decisiones del juez de apoyo con vista a asegurar la celeridad y eficiencia del procedimiento arbitral y de legitimar el rol de su auxiliar estatal (arts. 11.5, 13.3, 14.1 y 16.3).

En primer lugar, en el procedimiento de nombramiento de los árbitros, cualquiera de las partes puede solicitar al juez estatal que nombre al tribunal arbitral, en caso del entorpecimiento del procedimiento por uno de los litigantes (art. 11). Las partes también pueden recurrir al juez estatal cuando el procedimiento de recusación (art. 13) ha sido violado o hay un desacuerdo sobre la terminación del mandato de un árbitro (art. 14).

En segundo lugar, los tribunales estatales pueden asistir al tribunal arbitral para la ejecución de medidas cautelares ordenadas por este último (arts. 17H y 17I) u ordenar las medidas cautelares que consideren apropiadas (arts. 9 y 17J). El art. 17J se añadió en la reforma del 2006 para clarificar que el juez estatal tiene competencia para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes. Por último, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, pueden solicitar al juez estatal su asistencia para la práctica de pruebas (art. 27).

3. Derecho comparado

3.1. España

La Ley de Arbitraje n.° 60/2003 del 23 de diciembre según la reforma de la Ley n.° 11/2011 del 20 de mayo de 2011 (en adelante, «Ley de Arbitraje española») tiene un contenido cercano al de la Ley Modelo de la Cnudmi e incluye varias funciones judiciales de apoyo al arbitraje que se enumeran de manera limitativa en esta ley (art. 7 de la Ley de Arbitraje española). El art. 8 designa los tribunales competentes para cada una de las funciones de apoyo.

En primer lugar, la Ley de Arbitraje española, en el art. 15, autoriza la intervención del juez de apoyo para sustituir a la parte que rehusara nombrar a uno de los miembros del tribunal arbitral. El juez de apoyo, cuya decisión es inapelable, puede rechazar la petición únicamente cuando no resulte *prima facie* de la existencia de un convenio arbitral.

Las partes pueden también acudir al juez estatal en caso de remoción de un árbitro y su resolución será también definitiva (art. 19 de la Ley de Arbitraje española). Más aún, España optó por una jurisdicción concurrente del tribunal arbitral y del juez de apoyo en cuanto a la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento arbitral (arts. 11.3 y 23 de la Ley de Arbitraje española).

Por último, el art. 33 prevé que los árbitros o cualquiera de las partes, con su aprobación, puedan solicitar asistencia al juez de apoyo para la práctica de pruebas. La disposición ofrece dos opciones: la práctica de pruebas puede realizarse ante el juez estatal, o más a menudo, el juez estatal ordena las medidas necesarias para que la prueba sea practicada ante el tribunal arbitral.

3.2. Estados Unidos

El Derecho estadounidense establece el apoyo del juez estatal a los arbitrajes que tienen lugar en el país, independientemente del Derecho procesal aplicable, a menos que las partes hayan excluido esta posibilidad. En algunos casos, este apoyo se ofrece también a arbitrajes que tienen lugar en el extranjero.

La Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos (*Federal Arbitration Act, U.S.C. Title 9,* en adelante «FAA») prevé en las Secciones 5 (aplicable en arbitraje interno) y 206 (aplicable en arbitraje internacional, en virtud de la Convención de Nueva York), que el juez estatal puede intervenir a instancia de cualquiera de las partes para nombrar los árbitros cuando: (i) las partes no hayan definido un mecanismo de nombramiento; (ii) uno de los litigantes entorpezca el procedimiento; (iii) cuando se produzca una vacante.

En caso de que una parte se niegue a nombrar al árbitro por motivo de inexistencia o de invalidez del convenio arbitral, será el juez estatal competente, de conformidad con la Sección 4 FAA, quien deberá decidir sobre la cuestión.

El juez estatal también puede ordenar todas las medidas cautelares que considere apropiadas al apoyo de arbitraje. En casos urgentes en que los árbitros no puedan intervenir de manera eficaz, este poder del juez estatal se preserva aun después de la constitución del tribunal arbitral (*Reform Uniform Arbitration Act*, Sección 8). En Estados Unidos, el juez puede, incluso, dictar *anti-suit injunctions* en apoyo del arbitraje (medidas anti-proceso).

Más aún, el juez, a instancia de las partes (y menos frecuentemente del tribunal arbitral), puede apoyar al tribunal arbitral con sede en los Estados Unidos para la práctica de pruebas (*disclosure orders*, Sección 7 FAA). Incluso, respecto de procedimientos arbitrales que se desarrollen fuera de Estados Unidos, algunos tribunales estatales han aceptado ordenar las *disclosure orders*, aplicando la Sección 1782 FAA.

3.3. Francia

El art. 1505 del CPC francés dispone que el juez de apoyo es el presidente del *Tribunal de Grande Instance de Paris*, salvo disposición contraria de las partes, las cuales pueden tanto acordar la competencia de otro juez, así como encomendar la función de apoyo a instituciones arbitrales o terceros. En este caso, se recurrirá al juez nacional sólo cuando el tercero así designado, no cumpla su misión.

El juez de apoyo francés será competente en cuatro casos: cuando el arbitraje se desarrolle en Francia (art. 1505.1); cuando las partes sometan el arbitraje al Derecho francés; (art. 1505.2); en caso de que las partes hayan expresamente otorgado competencia al juez francés para conocer de las controversias relativas al proceso arbitral (art. 1505.3); y en caso de «que una de las partes se encuentre expuesta a un riesgo de denegación de justicia» (art. 1505.4). Con este último punto, la CPC francés reconoce una competencia universal del juez de apoyo francés, cuando exista un riesgo de denegación de justicia.

La intervención del juez de apoyo se produce a instancia de las partes, del tribunal arbitral o de alguno de sus miembros (art. 1460.1 CPC francés) y puede tener por objeto la constitución del tribunal arbitral (arts. 1452-1458 CPC francés relativos al nombramiento, a la revocación, la dimisión o la falta de ejercicio de las funciones del árbitro), así como la prórroga del plazo para dictar un laudo (art. 1463.2 CPC francés).

La decisión del juez de apoyo no es susceptible de ningún recurso, a menos que éste haya declarado que no hay lugar a la designación de árbitros por el hecho de que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable (arts. 1455 y 1460.3 CPC francés).

Más aún, como ya se ha indicado, otros jueces, que no se prevalecen en Derecho francés de la denominación de «juez de apoyo», pueden apoyar el procedimiento arbitral. Al respecto, el art. 1469 del CPC francés confiere a las partes la posibilidad de solicitar que el juez estatal ordene a terceros la exhibición de documentos (dicha facultad está sujeta a la previa autorización del tribunal arbitral).

El art. 1449 del CPC francés prevé que el juez estatal puede ordenar medidas cautelares a petición de las partes durante la fase previa a la constitución del tribunal arbitral. El texto excluye, por tanto, la posibilidad de solicitar medidas conservatorias y provisionales al juez, una vez constituido el tribunal arbitral. Tal limitación resulta ciertamente inconveniente, en cuanto existen muchas situaciones en las cuales las partes pueden necesitar acudir al juez para ordenar medidas urgentes (por ejemplo, para impedir el pago de una garantía bancaria).

3.4. Inglaterra

La Ley de Arbitraje inglesa de 1996 (Sección 18) prevé la intervención del juez de apoyo en caso de fracaso del procedimiento de designación de los árbitros. El juez estatal tiene los poderes siguientes: (a) instruir en cuanto a la realización de cualesquiera nombramientos necesarios; (b) decretar que el tribunal arbitral quede constituido por los nombramientos realizados; (c) revocar cualesquiera nombramientos previos; y (d) efectuar por sí mismo cualquier nombramiento necesario. La providencia dictada con arreglo a esta sección es definitiva, salvo que el juez permita previamente la posibilidad de un recurso.

La Sección 42 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 provee al juez estatal amplios poderes para ejecutar las providencias del tribunal arbitral con respecto a la práctica de pruebas. El juez de apoyo a instancia de

cualquier parte, puede también intervenir para asegurar la comparecencia de testigos, a condición de que lo permita el tribunal arbitral o las partes estén de acuerdo (Sección 43).

Además, esta ley permite a las partes acudir al juez estatal para preservar las pruebas u ordenar las medidas cautelares previstas en la Sección 44.2, únicamente cuando se cumplan ciertas condiciones. En primer lugar, en casos urgentes, el juez estatal puede intervenir a solicitud de parte para la preservación de los bienes litigiosos o las pruebas (Sección 44.3).

Fuera del caso anterior, el juez estatal interviene a instancia de una de las partes, a condición de que las demás partes y el tribunal arbitral hayan sido notificados y de que el tribunal arbitral lo haya permitido o las partes hayan consentido (Sección 44.4). En cualquier caso, para que el juez de apoyo sea competente, es necesario que el tribunal arbitral o cualquier institución arbitral o cualquier persona facultada por las partes en tal sentido, carezca de poder o no pueda actuar eficazmente (Sección 44.5). Por último, hay que notar que la providencia dictada con arreglo a esta sección, es inapelable, salvo que el juez permita previamente la posibilidad de un recurso (Sección 44.7).

Finalmente, debe señalarse que las Secciones 2.3 y 2.4 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, le permiten al juez estatal ejercitar los poderes otorgados por Secciones 43 y 44, así como por toda otra sección en apoyo del procedimiento arbitral, incluso cuando la sede del arbitraje no se haya definido, y a condición de que para el juez de apoyo exista una conexión suficiente con Inglaterra y Gales o Irlanda del Norte.

3.5. Suiza

La Ley suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (*Loi Fédérale suisse sur le Droit International Privé,* en adelante, «Ley suiza de DIP»), en el art. 179.2 sobre la constitución del tribunal arbitral, prevé la intervención del juez de apoyo, a solicitud de cualquiera de las partes, para nombrar a los miembros del tribunal arbitral cuando no exista un acuerdo entre las partes. En esta fase, el control del convenio arbitral por el juez estatal se limita a un control *prima facie* (art. 179.3 de la Ley suiza de DIP). En caso de recusación, las partes pueden también recurrir al juez de apoyo para decidir de manera definitiva sobre la procedencia de la recusación (art. 180.3 de la Ley suiza de DIP).

Más aún, el art. 183 de la Ley suiza de DIP establece la posibilidad para las partes de solicitar medidas cautelares tanto al tribunal arbitral como al juez estatal. Este artículo también dispone que, en caso de que una parte no cumpla con la medida cautelar impuesta por el tribunal arbitral, se solicite el apoyo del juez estatal para la ejecución de la misma. Por último, el art. 184 de la Ley suiza de DIP permite que, tanto el tribunal arbitral como una de las partes, soliciten el auxilio del juez de apoyo para la práctica de pruebas.

Por último, el art. 185 de la Ley suiza de DIP dispone una norma de alcance general según la cual las partes o los árbitros pueden también recurrir al juez de apoyo cuando se necesite su intervención; por ejemplo, en caso de: (i) solicitud de prorrogar el plazo para dictar el laudo; (ii) solicitud de repetir actuaciones anteriores cuando un árbitro ha sido remplazado; (iii) solicitud de recordatorio al tribunal arbitral que debe dictar su laudo de conformidad con el art. 189 de la Ley suiza de DIP; (iv) denuncia por denegación de justicia.

(Autor: Alexis Mourre. París).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley Modelo Cnudmi/Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas adoptadas en 2006. Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, según la reforma de la Ley n.º 11/2011 del 20 de mayo de 2011. Ley de Enjuiciamiento Civil n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000. Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos de 1925 (U.S.C. Título 9). Decreto francés n.º 2011/48 del 13 de enero de 2011 de Reforma del Código Procesal Civil francés. Ley de Arbitraje inglesa del 17 de junio de 1996. Ley suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CLAY, T. «*L'appui du juge à l'arbitrage*». *Cahiers de l'arbitrage*, 2011, pp. 331 *et seq.* DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.L. y L. CAPIEL. «El juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa». *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2011, n.º 11, pp. 109-125. STASI, M. «El papel del juez de apoyo tras el decreto del 13 de enero de 2011. Interferencia entre juez árbitro y juez estatal». *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2011, n.º 11, pp. 131-137. GAILLARD, E. y P. DE LAPASSE. «*Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*». *Cahiers de l'arbitrage*, 2011, pp. 263 *et seq.* STAMPA, G. «La Reforma de la Ley de Arbitraje». *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012. HARRIS, B. y R. PLANTEROSE y J. TECKS. *The Arbitration Act 1996. A Commentary*. Oxford: Blackwell Science, 2000, 2.ª edición. POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Droit comparé de l'arbitrage international*. París: Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002. WEIGAND, F.B. *Practitioner's handbook on international commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 2.ª edición. BERGER, B. y F. KELLERHALS. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. Hebden Bridge: Sweet & Maxwell, 2010.

Vocablos conexos: Asistencia judicial (en el ámbito arbitral). Auxilio judicial. Control judicial (del arbitraje). Exequátur. Foro de necesidad.

Juntas Arbitrales de Consumo

Desde la aprobación de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Lgdcu), escaso fue el margen de tiempo empleado por el gobierno para poner en práctica el sistema arbitral de consumo, si bien la única cobertura legal de dicho sistema era el art. 31 de la citada ley. En este sentido y, a pesar de la ausencia de una regulación precisa, el día 20 de mayo de 1986 dio comienzo la denominada «experiencia piloto», constituyéndose las tres primeras Juntas Arbitrales de Consumo en España, en tres ciudades de distinto tamaño: Madrid, Valladolid y Badalona. En esta etapa incipiente del sistema arbitral, las Juntas quedaron encuadradas dentro de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), de donde se desprende el marcado carácter municipal y administrativo de la mayor parte de las Juntas Arbitrales que se constituyeron con posterioridad.

En efecto, ya desde el inicio del sistema arbitral de consumo, en el que las Juntas Arbitrales venían funcionando con un Reglamento provisional, respetuoso con los principios básicos procedimentales y formales previstos con carácter general en la Lgdcu y en la Ley de Arbitraje de 1988, la naturaleza jurídica de las mismas era jurídico-administrativa. En este sentido, y debido a que el establecimiento de un sistema arbitral de consumo era competencia del Estado, como ya destacaron las sentencias del TC n.º 15/1989 de 26 de enero de 1989 y n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991, se acudió a la técnica de la firma de convenios de colaboración entre el Instituto Nacional de Consumo (INC) y las administraciones territoriales –autonómicas y locales– donde se creaban e integraban orgánicamente las Juntas Arbitrales. De este modo, es la administración territorial de la que depende la Junta Arbitral, la que debe dotarla de los medios personales y materiales para el desarrollo de sus funciones.

Transcurrida esta fase, un tanto experimental, de implantación y desarrollo del sistema arbitral de consumo, se fue haciendo necesaria una regulación normativa del mismo, pues, como se ha comentado, las normas en torno a las cuales se sustentaba jurídicamente el arbitraje de consumo, no constituían la base jurídica adecuada al mismo. Así se aprobó el ya citado RD n.º 238/2001, en donde se encuentran reguladas las Juntas Arbitrales de Consumo.

Conforme a lo establecido en el art. 5 del RD n.º 238/2001, las Juntas Arbitrales de Consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Por otro lado, se señala para el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, que las mismas se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes administraciones públicas.

La consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de una administración territorial es la de que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros, deben ser consideradas como actos administrativos; y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho administrativo recogido, fundamentalmente, en la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), y además, pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La composición de las Juntas Arbitrales se encuentra recogida en el art. 7.1 del RD n.º 231/2001, señalando que están integradas por su Presidente y Secretario, puestos que deberán recaer en personal al servicio de las administraciones públicas, así como por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano.

Por otro lado, desde una perspectiva puramente organizativa, el RD n.º 231/2001 crea un nuevo órgano administrativo al que denomina Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, que se encuentra adscrito al Instituto Nacional de Consumo y que tiene como finalidad esencial el establecimiento de criterios comunes y homogéneos para el Sistema Arbitral de Consumo y la resolución de los recursos que puedan darse frente a las resoluciones de los Presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo.

El RD n.º 231/2008 establece un doble procedimiento en el sistema arbitral de consumo. En primer lugar, establece un Capítulo III que lleva como rúbrica «De la formalización del convenio arbitral» que abarca de los arts. 24 a 32 y que es tramitado por la Junta Arbitral. Este procedimiento, que ha sido denominado por la doctrina como *procedimiento prearbitral*, tiene como principal objeto, en este tipo de arbitrajes institu-

cionalizados o administrados, la preparación o formación del convenio arbitral, que va a ser el elemento que va a servir de base para la ulterior celebración del arbitraje propiamente dicho. La segunda parte del procedimiento arbitral, una vez formalizado el convenio arbitral, va a ser el sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje, cuya resolución por el colegio arbitral va a dar lugar a la finalización del procedimiento, con la emisión del correspondiente laudo. Pues bien, mientras el procedimiento prearbitral es un procedimiento eminentemente administrativo, cuyo régimen jurídico debe ser el establecido en la LPC, el procedimiento arbitral *stricto sensu* va a ser un arbitraje en el que se van a resolver cuestiones de Derecho privado y se van a seguir, en cuanto a su tramitación, normas procesales civiles.

Esta confusa interrelación de lo privado y lo público que establece el RD n.º 231/2008 es la que crea un halo de incertidumbre y desasosiego en el aplicador de este peculiar sistema arbitral, que en numerosas ocasiones desconoce o no acierta, con toda la razón, a interpretar cuál es el régimen jurídico que debe entenderse de aplicación en cada momento. Intentaremos despejar alguna de estas dudas a continuación, si bien en algunos supuestos podrá apreciarse que las disfunciones que se crean con este sistema, son en más de un caso, de difícil o imposible solución.

El procedimiento prearbitral puede definirse como la sucesión de actos previos que integran una sucesión de trámites con la finalidad de obtener la administración de un arbitraje, por lo que puede configurarse como un procedimiento, en tanto que es previo y preparatorio del verdadero procedimiento arbitral.

En el arbitraje de consumo la finalidad esencial del procedimiento prearbitral, es la formación del convenio arbitral. Éste va a ser el soporte que va a servir de base para la celebración del procedimiento arbitral, ya que hasta que las partes enfrentadas en un conflicto, no acuerden voluntariamente someter la cuestión litigiosa al arbitraje de consumo, formalizando su voluntad en este convenio, no existirá en sentido propio este mecanismo de arbitraje.

La iniciación de esta fase prearbitral comienza cuando los consumidores y usuarios presenten formalmente, o a través de asociaciones de consumidores y usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral que corresponda. Una vez recibidas las solicitudes por la Junta Arbitral, ésta debe adoptar una decisión acerca de la admisión o no de las mismas.

Para poder decidir al respecto, es obvio que la primera función que debe realizar la Junta Arbitral es la de *recepción* de la citada solicitud, que normalmente le será enviada por el registro administrativo que tienen las Oficinas de Información al Consumidor (ya sean de carácter autonómico o local) que es donde suelen quedar integradas orgánicamente las Juntas Arbitrales. A continuación, examinará la cuestión objeto de conflicto, que deberá ir descrita en la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o las asociaciones representativas de sus intereses, debiendo realizar una doble valoración: en primer lugar, tendrá que ver si es competente o no para conocer sobre la misma, conforme a los criterios establecidos en el RD n.º 231/2008; y, en segundo lugar, deberá decidir si la cuestión litigiosa puede ser objeto de arbitraje de consumo o si, por el contrario, es una de las materias que, en virtud del art. 2.2 del RD n.º 231/2008, se encuentran excluidas del mismo.

Posteriormente, si la Junta Arbitral decide la admisión de la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o sus asociaciones, se abre una doble posibilidad: a) Que el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros e hipotéticos conflictos con consumidores, en cuyo caso el convenio arbitral queda debidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre y cuando dicha solicitud coincida en sus términos con el ámbito de la oferta, b) que al no existir una oferta pública de sometimiento por parte del empresario, la Junta Arbitral deba notificar a dicho empresario la solicitud de arbitraje, que deberá aceptar o rechazar en el plazo de quince días, a contar desde la fecha de la notificación.

De este modo concluye la fase prearbitral, y en el supuesto de que se haya podido formalizar con éxito el convenio arbitral, queda abierto el inicio del procedimiento de arbitraje propiamente dicho. Sin embargo, resulta necesario apuntar algunas cuestiones problemáticas que se suscitan en esta fase, algunas de ellas ya apuntadas someramente a lo largo de este trabajo, pero que se hace preciso destacar en mayor profundidad. Ya se ha apuntado que esta fase prearbitral, que desarrollan las Juntas Arbitrales, tiene un carácter administrativo; y, por tanto, el régimen jurídico aplicable debe ser la LPC. Ello significa que los diversos actos que desarrollan las Juntas Arbitrales (notificaciones, decisiones sobre admisión o no de las solicitudes, decisiones sobre la competencia o no de las Juntas, recepción de las mismas, etc.) son verdaderos actos administrativos que producen indudables efectos jurídicos frente a terceros y que, por tanto, pueden ser objeto del recurso administrativo que corresponda, en función de la estructura orgánica en la que se integren las Juntas Arbitra-

les, o de recurso contencioso-administrativo, si los actos que dictan agotan la vía administrativa. A ello debe añadirse que la responsabilidad en la que puedan incurrir las Juntas Arbitrales es, igualmente, una responsabilidad administrativa y que, por tanto, seguirá lo dispuesto en la LPC.

Sin embargo, a pesar de las afirmaciones que acabo de verter, sobre el régimen jurídico aplicable a la actuación de las Juntas Arbitrales de Consumo, pueden suscitarse algunas dudas al respecto, derivadas, fundamentalmente, de la aplicación de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Adicional Única de la Ley de Arbitraje, que de nuevo conduce a producir confusión en este peculiar sistema arbitral de consumo. Puede ilustrarse esta problemática con la imbricación de lo público y lo privado en el sistema de arbitraje de consumo, en lo referido al régimen jurídico que debe aplicarse, en lo relativo al sistema de notificaciones que deben realizar las Juntas Arbitrales. La cuestión surge, como acabamos de decir de la lectura de la Disposición Adicional Única de la LA, que declara que esta norma es de aplicación supletoria al RD n.º 231/2008. Esta norma reglamentaria no prevé cuál es el régimen jurídico por el que se van a regir las notificaciones, mientras que la LA recoge, en su art. 5.*a)*, de forma un tanto parca, cómo deben regularse las notificaciones en el arbitraje.

La duda interpretativa se centra en torno a si debemos aplicar al arbitraje de consumo, en concreto, a las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, lo dispuesto en el art. 5 LA, en virtud de la cláusula de supletoriedad o si, al ser un órgano administrativo, se le aplican los arts. 58 y 59 LPC, que regulan el régimen de notificaciones, ya que dicha norma debe ser aplicada ante cualquier actuación de las administraciones públicas.

En mi opinión, al ser la LPC una norma que no sólo tiene el carácter de básica en función de lo señalado en el art. 149.1.18.ª CE, sino que despliega su ámbito de aplicación sobre el régimen jurídico y procedimiento administrativo de todas las administraciones públicas, y al ser las Juntas Arbitrales órganos administrativos, es esta ley y no la LA la que debe aplicarse al régimen de las notificaciones.

En este sentido, y claro exponente del panorama de incertidumbre en el que viven los aplicadores del Derecho respecto al sistema arbitral de consumo, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 1 de enero de 1994, que al hilo del examen del régimen jurídico de las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, basa su decisión en el art. 59 LPC y da por buena cualquier notificación, con tal de que deje suficiente constancia de la recepción por el interesado o su representante, de la fecha, identidad y el contenido del acto notificado.

No obstante, señala esta sentencia que si una carta con acuse de recibo no acreditara su contenido, por virtud del art. 58.3 LPC, las notificaciones defectuosas surten efecto a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido de la resolución o interpone el recurso procedente: cuando se cumple el laudo o se interpone recurso contra él. De esta forma, la jurisdicción civil aplica al régimen de notificaciones de las Juntas Arbitrales, la LPC, reconociéndose tácitamente, que las mismas son actos administrativos, ya que si no, lo lógico sería aplicar el régimen supletorio de la LA o de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, un nuevo ejemplo que puede traerse a colación para mostrar las disfuncionalidades que provoca este sistema arbitral, híbrido de lo público y lo privado, es el atinente a cuando la Junta Arbitral de Consumo no acepte alguna solicitud de arbitraje, procediendo a su archivo, por tratarse de cuestiones que se encuentran excluidas del arbitraje de consumo, en función de lo previsto en el art. 2.2 del presente RD.

En este caso, nos encontramos ante un acto administrativo que podrá ser recurrible, bien en vía administrativa, en función de las normas que regulen la organización y el funcionamiento de la administración donde se integre la Junta Arbitral, bien en vía jurisdiccional ante los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello supone que en caso de recurso judicial, será el juez contencioso-administrativo el que resolverá si se trata o no de un asunto que puede ser objeto del arbitraje de consumo. Esta consecuencia puede revestir una cierta importancia, pues si en función de esta hipotética resolución judicial (en el caso de que se decidiera que el conflicto no puede encuadrarse dentro de las causas excluidas del art. 2.2 del RD n.º 231/2008 y la Junta Arbitral tuviera que admitir la cuestión litigiosa a trámite, designando a tal efecto el Colegio Arbitral y decidiendo éste sobre la controversia objeto del arbitraje de consumo, ¿podría una de las partes alegar la nulidad del laudo con base en el art. 41.1.*e)* LA («el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: *e)* Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»)? Además, el recurso se plantearía ante la jurisdicción civil, por lo que, ¿qué ocurriría si el juez civil declara la nulidad del laudo en base al art. 41.1.*e)* LA? Como puede observarse, nos encontraríamos ante una contradicción entre lo resuelto por el juez contencioso-administrativo y el juez civil.

Opino que estos dos ejemplos son lo suficientemente ilustrativos de la problemática jurídica que encierra el RD n.º 231/2008, donde se entremezclan elementos de Derecho público y de Derecho privado, lo que contribuye, a mi juicio, a crear confusión a los usuarios de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos, demandando dar una revisión no sólo a esta fase prearbitral, sino en conjunto, a todo el sistema de arbitraje de consumo.

(Autor: Javier Guillén Camares. Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Jurisdicción y competencia arbitral.

JUNTAS ARBITRALES DE TRANSPORTE TERRESTRE

1. Antecedentes

En el ordenamiento jurídico español existe la singular tradición de encomendar a la administración pública, funciones de arbitraje privado en el sector del transporte. Se trata de una modalidad de arbitraje institucional atribuido por ley a un organismo público que, en la actualidad, son las «Juntas Arbitrales del Transporte» (JAT).

En nuestro sistema arbitral de transporte han existido anteriormente otros organismos que desempeñaron funciones similares, destacando, por ser las primeras, y por su relevancia en su época, las «Juntas de Detasas» (Ley de 18 de julio de 1932 y Reglamento de 2 de febrero de 1933, sustituido por Reglamento de 22 de junio de 1936). Estas Juntas nacieron en el ámbito ferroviario para resolver por vía de conciliación, las controversias derivadas del pago de portes y, posteriormente, extendieron su ámbito de actuación a las funciones arbitrales en todo tipo de controversias (Ley de 24 de junio de 1938 y Reglamento de 28 de diciembre de 1938), incluyendo, también, las propias del transporte por carretera (Decreto de 20 de octubre de 1938).

Estuvieron plenamente operativas hasta 1978, cuando, tras la entrada en vigor de la Constitución española (art. 117), perdieron sus competencias decisorias de carácter arbitral, conservando meramente las de naturaleza conciliatoria, mermadas, a su vez, por la atribución de carácter voluntario a la conciliación por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el mismo año 1978, el R.D. n.° 1721/1978 de 2 de junio de 1978, creó las «Juntas de Conciliación e Información del Transporte», nacidas para reemplazar a las «Juntas de Detasas», si bien no llegaron a funcionar, porque el R.D. vinculaba su entrada en vigor a la promulgación de un Reglamento de funcionamiento de las Juntas, hecho que no sucedió, subsistiendo las «Juntas de Detasas» hasta la entrada en vigor de la normativa que instauró las actuales JAT.

2. Regulación

Las JAT fueron creadas por la Ley n.° 16/1987 de 30 de julio de 1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) (*BOE* n.° 182 de 31 de julio de 1987), a las que dedica sus arts. 37 y 38, que establecen un régimen jurídico muy sucinto, desarrollado reglamentariamente por el R.D. n.° 1211/1990 de 28 de septiembre de 1990 (*BOE* n.° 241 de 8 de octubre de 1990) (ROTT) (arts. 6-12). El art. 38 LOTT ha sido modificado significativamente por la Ley n.° 13/1996 de 30 de diciembre de 1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 162) (*BOE* n.° 315 de 31 de diciembre de 1996), por la Ley n.° 29/2003 de 8 de octubre de 2003, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera (*BOE* n.° 242 de 9 de octubre de 2003) y por la Ley n.° 9/2013 de 4 de julio de 2013 (BOE de 5 de julio de 2013). Los arts. 7.2, 8.1., 8.4 y 9 ROTT, a su vez, han sido modificados por el R.D. n.° 1225/2006 de 27 de octubre de 2006 (*BOE* n.° 273 de 15 de noviembre de 2006). Habrá que tener en cuenta, además, la Orden de 30 de marzo de 2001 (*BOE* n.° 90 de 14 de abril de 2001), que contiene normas para la realización de funciones de depósito y enajenación de mercancías por las JAT. Y, por último, la Ley Orgánica n.° 5/1987 de 30 de julio de 1987, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y cable (*BOE* n.° 182 de 31 de julio de 1987), cuyo art. 12 delega en las Comunidades Autónomas las funciones que la LOTT atribuye a las JAT, indicando que el funcionamiento de dichas Juntas, dentro de la correspondiente Comunidad Autónoma, se realizará respetando la organización, funciones y régimen jurídico establecidos en la LOTT y sus normas de desarrollo, pudiendo las Comunidades Autónomas, salvo que exista disposición específica del Estado, establecerlas en las localidades que consideren conveniente.

Por lo que respecta al ejercicio de su función arbitral, las JAT, en lo no previsto en la normativa, especialmente, dedicada a ellas (*supra*), actuarán conforme a la legislación general de arbitraje. En consecuencia, esa normativa deberá complementarse con lo establecido en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (*BOE*, n.º 309 de 26 de diciembre de 2003), modificada por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011 (*BOE* n.º 121 de 21 de mayo de 2011).

3. Funciones

La función principal de las JAT es la arbitral (arts. 38.1 LOTT y 6.1a ROTT), si bien la normativa aplicable (arts. 38.3 LOTT y 6.1b-e ROTT) les atribuye otras funciones de singular trascendencia en el sector del transporte (emisión de informes y dictámenes, depósito y enajenación de mercancías, peritación), que, no obstante su relevancia, siguen siendo residuales frente a la arbitral en la labor diaria de las JAT.

4. Organización territorial

La organización territorial de las JAT se establece, fundamentalmente, en el ROTT. Según su art. 7.1 «la localización geográfica y el ámbito territorial de las Juntas Arbitrales del Transporte serán determinados por las correspondientes Comunidades Autónomas en las que están situadas cuando las mismas hayan asumido las competencias al efecto delegadas por la Ley Orgánica n.º 5/1987 de 30 de julio de 1987, o en otro caso, por la Dirección General de Transportes Terrestres».

En el marco de lo dispuesto por este precepto, en la actualidad tenemos JAT en todas las Comunidades Autónomas (así como en Ceuta y Melilla) que han aceptado la delegación establecida en la Ley Orgánica n.º 5/1987, con la excepción del País Vasco, Comunidad Autónoma que cuenta con un sistema peculiar, en virtud del cual existen unas JAT dependientes de la administración central y otras que pertenecen a la Diputación Foral de Álava.

5. Composición

En el art. 8.1 ROTT se establece que «las Juntas Arbitrales del Transporte estarán compuestas por el Presidente y por un mínimo de dos y un máximo de cuatro Vocales, designados todos ellos por las Comunidades Autónomas [...] o, en su caso, por la Dirección General de Transportes por Carretera. Deberán, en todo caso, formar parte de las Juntas los dos Vocales representantes de los cargadores o usuarios y de las empresas del sector del transporte a que se refieren los puntos 3 y 4 de este artículo [...]».

La composición obligatoria mínima de las JAT, por lo tanto, será de: a) Presidente (designado entre personal de la administración con conocimiento de las materias de competencia de la Junta y licenciado en Derecho: art. 8.2 ROTT); y b) Dos Vocales con representación sectorial, que «actuarán según cuál fuere el sector del transporte al que se refiera la controversia» y serán designados conforme a las reglas de los apartados 3, 4 y 5 del art. 8 ROTT.

Junto a estos miembros obligatorios, podrá haber, además, por decisión de las Comunidades Autónomas, otros dos vocales. Éstos son los denominados vocales «administrativos», a los que se refieren los apartados 2 y 6 del art. 8 ROTT, denominados así porque habrán de ser designados entre personal de la administración con conocimiento de las materias de competencia de la Junta.

Por su parte, cuando la controversia afecte a los usuarios definidos en la legislación de defensa de los consumidores y usuarios (art. 3, Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007), las JAT estarán compuestas por un presidente y dos vocalías, que serán designadas conforme al art. 8.7 ROTT. El art. 8.6 ROTT, por su parte, regula la figura del Secretario de la Junta, a quien se adscribirá el personal auxiliar que resulte preciso para el funcionamiento de la Junta. El Secretario no es miembro de la Junta, a no ser que dicha función recaiga sobre uno de los vocales administrativos. Finalmente, podrán designarse miembros suplentes, tanto del Presidente como de los Vocales y Secretario de las Juntas (art. 8.6 ROTT).

6. Competencia

6.1. Sumisión al arbitraje. Régimen especial

Las JAT tienen competencia para resolver las controversias que les sean planteadas «cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento». Partiendo de este principio esencial de la autonomía de la voluntad, la sumisión al arbitraje de las JAT; sin embargo, está sujeta a un régimen especial establecido en el art. 38.1

LOTT, precepto, que fue modificado en esta materia por la Ley n.º 13/1996 de 30 de diciembre de 1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 162) (*BOE* n.º 315 de 31 de diciembre de 1996), para dar cumplimiento a la STC n.º 174/1995 de 23 de noviembre de 1995 (Repertorio del Tribunal Constitucional, 1995, III, n.º 174, pp. 376 y ss.), que lo declaró inconstitucional en la parte que establecía que, salvo pacto expreso en contrario, las controversias sobre transportes quedarían sometidas al arbitraje de las Juntas, siempre que su cuantía no excediese de una determinada cantidad.

El texto vigente, más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva, señala que cuando la controversia sea igual o inferior a dicha cantidad (actualmente, 15.000 €, según la Ley n.º 9/2013), se *presumirá* que existe acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas, siempre que ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiere manifestado expresamente a la otra su voluntad contraria al arbitraje antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado (tras la STC, ciertas Audiencias Provinciales cuestionaron la nueva redacción del art. 38 LOTT, pero en la actualidad esta cuestión está resuelta definitivamente).

Las consecuencias de la nueva regulación son las siguientes: a) por encima de 15.000 € la sumisión al arbitraje de las JAT requerirá de acuerdo expreso, que se regirá por los principios de nuestra legislación general de arbitraje; b) hasta 15.000 € se establece una *especie* de presunción legal de sometimiento de la controversia a las JAT, que, en todo caso, admitirá prueba en contrario (*iuris tantum*); c) cabe exclusión del sometimiento presunto de la controversia a las JAT cuando la cuantía sea igual o inferior a 15.000 € y se produzca en las condiciones establecidas en la LOTT (obviamente, esta exclusión del arbitraje se producirá, también, cuando las partes hayan pactado la sumisión a un órgano jurisdiccional determinado o cuando haya un acuerdo expreso en contra del arbitraje); d) el destinatario de un contrato de transporte se verá afectado por la presunción legal de sumisión al arbitraje, salvo que manifieste su voluntad en contra, si bien no podrá exigírsele que lo haga dentro del límite temporal establecido en el arrículo 38.1 LOTT; e) en la práctica de las JAT, y con respecto al límite cuantitativo de los 15.000 €, se ha admitido el fraccionamiento de una reclamación en varios procedimientos para no exceder de dicho límite en cada uno de ellos, siempre que se trate de una pluralidad de servicios y facturas para cuyo pago puedan agruparse a conveniencia del reclamante (también se ha considerado admisible que, con idéntica finalidad, el reclamante renuncie al exceso sobre ese límite).

6.2. Competencia material

La competencia material (u objetiva) de las JAT comprende las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de determinados contratos (y, aunque la opinión no es unánime, a controversias de naturaleza extracontractual vinculadas con el cumplimiento de dichos contratos). La tipología contractual sobre la que se proyecta esta competencia, comprende, inequívocamente, los contratos de transporte, pero, además, la normativa (arts. 38.1 LOTT y 6.1a ROTT) incluye los «demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la presente ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial».

Se trata, por tanto, de contratos celebrados con las agencias de transporte de mercancías, agencias de transporte de viajeros (agencias de viaje), centros de información y distribución de cargas, almacenistas-distribuidores, transitarios, estaciones de transporte por carretera y empresarios de arrendamiento de vehículos automóviles (arts. 119-137 LOTT, 159-192 ROTT).

No bastará, sin embargo, que se trate de cualquier contrato celebrado con uno de dichos empresarios o entidades, sino que habrá de ser uno de los contratos con los que ejercen y desarrollan el objeto de la actividad empresarial que constituye su tráfico. La competencia material de las JAT comprende, por otro lado, a los transportes de mercancías y de personas. Y, desde una perspectiva multimodal, a los transportes terrestres (carretera, ferrocarril, metro, trolebús y cable).

El art. 6.2 ROTT, además, extiende su competencia a los transportes «que se desarrollen en virtud de un único contrato por más de un modo de transporte siempre que uno de éstos sea terrestre»; es decir, a los contratos de transporte multimodal (o superpuesto) con tramo terrestre. Este precepto ha sido puesto en algún caso bajo tacha de ilegalidad, pero esta crítica no es sostenible. También se ha debatido si la competencia objetiva de las JAT alcanza a los transportes internacionales (no sólo a los internos), aspecto sobre el que no se pronuncia expresamente la legislación aplicable, pero sobre el que no debemos albergar dudas, además en un sentido amplio: la competencia de las JAT comprenderá las controversias definidas previamente, tengan o no un elemento de extranjería, en cuyo caso podríamos estar ante un arbitraje internacional (art. 3 Ley n.º 60/2003).

Finalmente, señalemos que las controversias que son competencia de las JAT serán sólo aquéllas de carácter mercantil que afecten a los contratos señalados. Innecesariamente, el art. 6.1a ROTT dice que «estarán excluidas de la competencia de las Juntas, las controversias de carácter laboral o penal».

6.3. Competencia territorial

El art. 7.2 ROTT establece cuatro foros para fundar la competencia de las JAT: a) lugar de origen del transporte; b) lugar de destino del transporte; c) lugar de celebración del contrato litigioso; y d) sumisión expresa y por escrito a una Junta concreta. En ausencia del último foro (que es prevalente y excluyente), los otros tres foros son alternativos, quedando a elección del peticionario o demandante. La normativa no aclara si los lugares de origen o destino, serán los pactados en el contrato o los que lo fueron realmente. Por otro lado, la libertad de elección de una Junta determinada por vía de sumisión es absoluta, sin más límites que los que se deriven de su carácter abusivo. Si una controversia se plantease ante más de una JAT, «será competente aquélla ante la que se hubiese suscitado con anterioridad, debiendo abstenerse en su favor las restantes» (no se olvide, por cierto, que el art. 37.2 LOTT pone en manos de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento, la competencia para dirimir los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre las JAT).

7. Procedimiento

Según el art. 38.2 LOTT, la sustanciación de las actuaciones arbitrales se regirá por lo previsto reglamentariamente y, en concreto, por el art. 9 ROTT que, en su apartado 10, prevé la aplicación de la legislación general de arbitraje (Ley n.° 60/2003) en lo no previsto por la normativa especial. El procedimiento arbitral deberá «caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales» (art. 38.2 LOTT).

Podrán solicitar el arbitraje las partes del contrato litigioso o cualesquiera otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento (arts. 38.1 LOTT y 6.1a ROTT). No será necesaria la asistencia de abogado ni procurador, pero «las partes podrán conferir su representación mediante escrito dirigido a la Junta de que se trate» (art. 9.6 ROTT).

Los arbitrajes serán gratuitos, pero deberán satisfacerse los gastos generados por la práctica de pruebas (art. 9.9 ROTT), pudiendo, en este caso, solicitarse una provisión de fondos por la Junta. El pago de las costas se regirá por la legislación general de arbitraje, si bien, en atención al carácter gratuito del arbitraje ante las JAT, el concepto de costas sólo comprenderá los gastos generados por la práctica de las pruebas solicitadas a instancia de parte (pero, no las establecidas de oficio). Ante el silencio de la normativa especial, y sin perjuicio de alguna crítica a este respecto, el arbitraje ante las JAT será de un arbitraje de derecho, salvo pacto expreso a favor del arbitraje de equidad. Las acciones ejercitadas ante las JAT prescribirán «en los mismos plazos en que se produciría si se tratara de una acción judicial que se plantease ante los tribunales de justicia» (art. 9.1 ROTT). Las notificaciones a las partes se realizarán por la Secretaría de la Junta y se conformarán a lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo (art. 9.6 ROTT).

Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento arbitral, «las actuaciones arbitrales serán instadas por escrito firmado por el actor o sus representantes, en el que se expresará el nombre y domicilio del reclamante y de la persona contra la que se reclama, haciendo exposición de los fundamentos de hecho y de derecho en los que justifique la reclamación, especificando el contenido de la misma y proponiendo las pruebas que se estimen pertinentes» (art. 9.2 ROTT) (algunas JAT ofrecen en su página web un modelo de solicitud de arbitraje). Recibida la reclamación, la Secretaría de la Junta remitirá una copia al reclamado mediante escrito en el que se señalará fecha para la vista, que se comunicará igualmente al reclamante (art. 9.3 ROTT).

Por lo que respecta a la comparecencia a la vista, el art. 9.5 ROTT establece dos reglas: a) la inasistencia del reclamante o de su representante significará su desistimiento; b) la inasistencia del reclamado no impedirá la celebración de la vista ni que se dicte el laudo. La vista será oral y las partes podrán alegar lo que a su derecho convenga, así como aportar o proponer las pruebas que estimen pertinentes. El laudo, que no requerirá formalidades especiales (art. 9.8 ROTT), se dictará tras oír a las partes y practicar o recibir las pruebas oportunas en el plazo establecido por la legislación general de arbitraje (art. 9.4 ROTT), y se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del presidente (art. 9.7 ROTT). La importancia del presidente de la Junta en el proceso arbitral se pone, igualmente, de manifiesto en que su inasistencia impedirá que se celebre la Junta y se dicte el laudo (art. 9.7 ROOT) y que, por sí solo, puede decidir cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (art. 9.4 ROTT). Los lau-

dos de las JAT tendrán los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, cabiendo únicamente contra ellos recurso (acción) de anulación y revisión por las causas previstas específicamente en dicha legislación. Podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el órgano judicial competente, también conforme a la legislación general, transcurrido el plazo de veinte (20) días desde que fueran dictados (art. 9.8 ROTT).

(Autor: Carlos Llorente Gómez de Segura. Abogado. Profesor de Universidad).

Referencias normativas: Ley n.º 16/1987 de 30 de julio de 1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres («LOTT») (arts. 37 y 38), modificada por la Ley n.º 13/1996 de 30 de diciembre de 1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 162) y por la Ley n.º 29/2003 de 8 de octubre de 2003, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, Real Decreto n.º 1211/1990, de 28 de septiembre de 1990 («ROTT») (arts. 6-12), modificado por el Real Decreto n.º 1225/2006 de 27 de octubre de 2006, Ley Orgánica n.º 5/1987 de 30 de julio de 1987, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y cable (art. 12), Orden de 30 de marzo de 2001, Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

Referencias bibliográficas: Calvo Caravaca, A.L. y C. Llorente Gómez de Segura. *El arbitraje de transporte.* De Martín Muñoz, A. and S. Hierro Anibarro (coords.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 823-887. Carazo Liébana, M.J. «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)». *RDM* n.º 222, 1996, pp. 1305-1319. Carretero Fernández, A. «Las innovaciones de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en la vertiente mercantil». *Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres*. Barcelona, 1989, pp. 172-173. Mateo Tejedor, M. *La actividad arbitral de la administración en el transporte terrestre*. Madrid: Marcial Pons, 1998. Piloñeta Alonso, L.M. «El arbitraje en el transporte terrestre de mercancías». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, xv, 1999, pp. 69-115. Rodríguez Sánchez, S. *Las Juntas arbitrales del transporte: constitución y funciones (en especial, como «depositarias» de las mercancías)*. Valencia, 2005. Roldán, E. «Régimen y función de las Juntas de Detasas». *RDM*, n.º 2, 1946, pp. 321-330.

Vocablos conexos: Arbitraje. Arbitraje aeronáutico. Arbitraje internacional. Arbitraje marítimo internacional.

Jurisdicción y competencia arbitral

El arbitraje es un medio heterocompositivo de resolución de conflictos por el cual las partes se someten voluntariamente a la decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral y le otorgan competencia para dirimir el conflicto. El procedimiento arbitral está regido por los principios de igualdad, audiencia y contradicción, y sus actuaciones están sometidas a estricta confidencialidad. El árbitro decide e impone la solución a través del laudo arbitral, que tiene el efecto de una sentencia o auto final. Si bien el arbitraje es la forma por excelencia de resolver los conflictos en el ámbito empresarial nacional e internacional, por cuanto garantiza a las partes la especialización, la imparcialidad, la eficiencia y celeridad en la resolución del conflicto, el arbitraje no vulnera los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción, pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional.

Pero, jurisdicción no es lo mismo que competencia, aunque estén directamente ligadas. Competencia es la capacidad o aptitud para ejercer la función jurisdiccional en razón de la materia, territorio o cuantía, y en caso de hablar de la competencia del árbitro o tribunal arbitral, nos referimos a la o las precisas materias o cuestiones encomendadas por las partes a este último.

Jurisdicción viene del latín *jurisdictio*, que significa «por decir», «mostrar» o «declarar el derecho». Surge así una relación directa y hasta exclusiva con el Poder Judicial, pues en la jurisdicción distinguimos los siguientes elementos: la *notio*, facultad de conocer del asunto o materia; la *vocatio*, por la que las partes acuden al proceso a ejercer su defensa y realizar las notificaciones propias a esos fines; el *iudicum*, decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y, finalmente, el *imperium* o *coertio*, potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones y la *executio*, facultad de ejecutar sus fallos.

Jurisdicción implica, pues, *imperio*, poder. En el caso del laudo, su fuerza no deriva de una delegación estatal, es una facultad que proviene directamente de la ley y que emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. De modo que el arbitraje implica la exclusión de la vía judicial. Si bien el laudo arbitral tiene valor de título ejecutorio, que lo equipara a una sentencia judicial, hay que acudir ante órganos judiciales estatales para la *executio*, o

ejecución forzada de su contenido, en caso de no ser cumplido voluntariamente por la o las partes condenadas a su cumplimiento.

Así, la jurisdicción arbitral, al contrario de la jurisdicción ordinaria, basada en el art. 117 y siguientes de la Constitución española, ni es parte del Poder Judicial, ni es gratuita, ni es pública. Si nos basáramos en dichos preceptos constitucionales, exclusivamente, podríamos cometer el error de llegar a concluir que el arbitraje es una institución no reconocida por la Constitución española. Sin embargo, tan precipitada conclusión no tiene en cuenta la naturaleza misma de la jurisdicción arbitral, pues, como bien lo precisa el Tribunal Constitucional, no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, por lo que no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual, pero con efectos jurisdiccionales. El arbitraje no implica un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado, sino que tiene otra función, y jurisdicción y arbitraje se complementan. En efecto, la jurisdicción arbitral no vulnera el art. 117.3 de la C.E. Ni el art. 24 de la C.E., ya que como dijo el TS en su sentencia de 9 de octubre de 1999, el arbitraje «no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje».

Al contrario, la jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica, por lo que nos remitimos a la definición hecha en este manual sobre el convenio arbitral y autonomía de la voluntad de las partes. Además, el Estado confiere un amplio margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje en la medida en que queden amparados los principios constitucionales de igualdad, audiencia y contradicción, además de respetar los principios de independencia e imparcialidad de toda función jurisdiccional.

Jueces y árbitros tienen el deber de respetar los principios y derechos de la función jurisdiccional, deben garantizar el debido proceso y fundamentar o motivar sus decisiones.

Por todo ello, la función jurisdiccional del arbitraje queda amparada por la Constitución española a través de su recurso de amparo constitucional del art. 53, con independencia de las garantías amparadas en la Ley Arbitral nacional n.º 60/2003 mediante su recurso de anulación de laudo del art. 40, o mediante los mecanismos existentes en las demás normas internacionales.

Por otra parte, es importante considerar que el proceso de globalización y la creación de un mercado global promovieron el establecimiento y fortalecimiento de mecanismos alternativos al Poder Judicial por medio del arbitraje, tanto nacional como internacional, como la alternativa por excelencia al Poder Judicial. Son los operadores económicos quienes buscan dicha alternativa para la satisfacción rápida de sus pretensiones, ello con la particularidad de la facultad de especialización de la que pueden gozar los árbitros. Se refleja dicha importancia en el comercio internacional en la existencia de una Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Internacional-Cnudmi, de 21 de junio de 1985, que inspira la legislación arbitral interna de muchos Estados.

La función jurisdiccional se cumple, pues, también mediante el arbitraje, con la peculiaridad de ser una jurisdicción especial por su carácter privado, confidencial y basado dicho ejercicio en la autonomía de la voluntad que las partes otorgan a los árbitros. Dicha especialidad implica que los árbitros desarrollan esa función de forma ocasional; su poder decisorio recae en los términos fijados por el compromiso, el contrato, de modo que no existe ni puede existir jurisprudencia arbitral ni existen repertorios de jurisprudencia arbitral. No constituye una función jurisdiccional oficial, debido a que no forma parte del Poder Judicial ni proviene de un órgano del Estado, pero es un sistema alternativo de solución de conflictos con reconocimiento constitucional.

Además, las facultades coercitivas o de ejecución para el cumplimiento del laudo, requieren del concurso de la potestad jurisdiccional estatal, por lo que la interacción entre la jurisdicción arbitral y estatal, es necesaria para la realización de la justicia. Los árbitros sentencian y los jueces ejecutan.

(Autora: María Pontigo D.
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Fernández Rosas. «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, pp. 55-91. Chillón Medina y Merino Merchán. «Tratado de Arbitraje Internacional». Madrid: Civitas, 1991, 2.ª edición, pp. 54. Fernández Rosas. «Le rôle des jurisdictions étatiques devant l›arbitrage commercial international». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2001, tomo 290, p. 24, pp. 36-38,

pp. 43-44. OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires, tomo XVII, edición argentina. VIDAL RAMÍREZ. «Manual de Derecho Arbitral». Lima: Gaceta Jurídica, 2003, 1.ª edición. CREMADES. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, 2006, pp 185-190.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Asistencia judicial. Competencia sobre la competencia. Convenio arbitral.

JURISPRUDENCIA ARBITRAL

La expresión «jurisprudencia arbitral» es frecuentemente utilizada para designar el conjunto de los laudos u órdenes procesales dictados por los tribunales arbitrales, o más bien el conjunto de las soluciones alcanzadas en ellos y que atañen al fondo del litigio o a los aspectos procesales del arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos.

De un punto de vista más teórico, cabe preguntarse si existe, como tal, una verdadera jurisprudencia arbitral.

El concepto de jurisprudencia arbitral puede, o ha podido hace algunos años, parecer *a priori* sorprendente e inconcebible por las siguientes razones. La noción de jurisprudencia requiere un cierto grado de homogeneidad y de coherencia. Por lo tanto, el árbitro, juez privado y efímero de un litigio confidencial, podría difícilmente generar un fenómeno jurisprudencial. Sobre todo, la falta de corte suprema internacional encargada de controlar y uniformizar la aplicación del Derecho por los árbitros, así como la falta de publicidad de los laudos pueden parecer obstáculos insuperables al desarrollo de una auténtica jurisprudencia arbitral.

Sin embargo, aunque la jurisprudencia arbitral parezca *a priori* difícil de concebir en teoría, la práctica arbitral muestra fenómenos comparables a la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

El primer factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral, es la creciente publicación de los laudos arbitrales en los últimos treinta años.

El *Yearbook Commercial Arbitration* publica, desde 1976, laudos o extractos de laudos, generalmente, de manera anónima, dictados en arbitrajes institucionales o *ad hoc*. De la misma manera, se pueden encontrar laudos publicados en varias revistas jurídicas (por ejemplo, *Journal du droit international*, *Journal of International Arbitration*, *Revue de l'arbitrage*, *Bulletin ASA*). Algunas instituciones arbitrales también tienen sus propias publicaciones para los laudos dictados bajo su reglamento (por ejemplo, la CCI (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*), la *Stockholm Chamber of Commerce* o ciertas organizaciones corporativas profesionales). Incluso, algunas instituciones tienen los laudos consultables en su página web (por ejemplo, el Ciadi para los arbitrajes de inversión o la Cámara Arbitral de Milán). También se pueden encontrar laudos en algunas bases de datos especializadas (por ejemplo, las bases de datos sobre la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa de mercaderías internacionales).

La publicación de los laudos permite la creación de precedentes y su accesibilidad. Sin embargo, sólo una ínfima parte de los laudos dictados en arbitraje comercial son publicados. En cambio, en arbitraje de inversión, la gran mayoría de los laudos son públicos.

El segundo factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral, es la referencia cada vez más frecuente en los laudos a los precedentes conocidos –referencia que se ha vuelto posible gracias, precisamente, a la publicación de los laudos–.

Aunque no tengan ninguna obligación *de jure* de seguir un precedente obligatorio, como en la doctrina anglo-sajona *stare decisis*, los árbitros sienten a menudo la necesidad *de facto* de asentar su decisión, refiriéndose a laudos anteriores, aun cuando el Derecho aplicable bastaría para justificar el resultado.

Por ejemplo, aunque la corrupción es ilícita en la mayoría de los Derechos, los árbitros, en general, no se limitan a basar su decisión sobre el Derecho aplicable, sino que se refieren a los principios generales del Derecho, al orden público transnacional y a los laudos anteriores que han condenado las prácticas corruptas.

En general, esta referencia a los precedentes se observa, especialmente, en relación con temas de competencia o de procedimiento, como la extensión del convenio arbitral a terceros, el poder de los árbitros de ordenar medidas cautelares *ex parte*, *anti-suit injunctions* o multas coercitivas. También se ha podido observar respecto al método adoptado para determinar el Derecho aplicable, a falta de elección por las partes, o

respecto a la existencia de la *lex mercatoria*. Aunque quizá menos frecuente, los temas sustantivos también pueden ser objeto de referencia a laudos anteriores, por ejemplo, las nociones de buena fe, de *hardship*, de *force majeure*, de mitigación de daños, de *fair and equitable treatment*, o los principios *pacta sunt servanda* y *venire contra factum proprium*.

Sobre todo, la referencia a los laudos anteriores se ha vuelto sistemática en los arbitrajes de inversión, donde la publicidad de los laudos es también más usual. Esta referencia no es siempre causa de uniformidad, sino que, al contrario, pone a veces de relieve la existencia de discrepancias entre los laudos y de corrientes doctrinales opuestas según los árbitros, como ha pasado con las nociones de cláusula paraguas (*umbrella clause*) o de cláusula de la nación más favorecida.

Más recientemente, este fenómeno de referencia sistemática a laudos anteriores se ha ido desarrollando en arbitraje deportivo, donde un cuerpo jurídico coherente (a veces denominado *lex sportiva*) se está construyendo, por ejemplo, respecto a la noción de «negligencia no significativa» que permite reducir la pena en caso de dopaje.

El tercer factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral, en directa consecuencia de los dos anteriores, es la relativa coherencia que se observa en las soluciones alcanzadas por los laudos.

La convergencia resulta, principalmente, de la metodología utilizada por los árbitros para determinar la norma adecuada. Espontáneamente o por petición de las partes, los árbitros basan a menudo su decisión sobre los principios generales del Derecho comunes a los distintos sistemas jurídicos o la *lex mercatoria*. Este método limita, necesariamente, las divergencias y da a la práctica arbitral su coherencia. Si subsisten divergencias, en general, no conciernen a los principios, sino a su aplicación.

Se considera que cuanto menos desarrollado sea el cuerpo jurídico aplicable, más necesaria se vuelve la previsibilidad jurídica, lo que da más peso a la jurisprudencia arbitral. Cuando los árbitros aplican un Derecho nacional en arbitraje comercial, este Derecho es suficientemente desarrollado para ser previsible. No le corresponde al árbitro, sino al legislador y a los jueces nacionales, desarrollar reglas claras y previsibles. Tampoco existe la necesidad de desarrollar una jurisprudencia arbitral coherente, porque la resolución de un litigio dado, depende únicamente de los hechos del caso y de la interpretación de un contrato específico firmado por dos partes privadas.

En cambio, cuando los árbitros aplican un cuerpo jurídico menos desarrollado y que está en formación, como es el caso del Derecho de las inversiones o del Derecho deportivo, el papel de los árbitros se vuelve fundamental. Existe una real necesidad de desarrollar un cuerpo jurídico coherente, empezando por motivos de seguridad jurídica y tratamiento equitativo de los justiciables. Es, especialmente, el caso en los litigios deportivos que son más repetitivos e implican cuerpos de reglas relativamente similares, dictados por federaciones internacionales. Al referirse a laudos anteriores, los árbitros contribuyen al desarrollo de un cuerpo jurídico más coherente y, por lo tanto, previsible.

En definitiva, la credibilidad del arbitraje como mecanismo de resoluciones de diferencias, depende de la coherencia y previsibilidad de las soluciones. Si no existe ninguna coherencia ni previsibilidad, los usuarios pierden confianza en el arbitraje. La existencia de una jurisprudencia arbitral, en el sentido de un conjunto coherente de resoluciones es, por lo tanto, primordial para la confianza de las partes en el arbitraje.

(Autora: Anne-Carole Cremades.
Abogada en Schellenberg Wittmer. Ginebra).

Referencias bibliográficas: Fouchard, P., E. Gaillard y B. Goldman. *Traité de l'arbitrage commercial international.* París: Litec, 1996, pp. 199 y ss. Loquin, E. «Réflexions sur la "jurisprudence arbitrale", sa cohérence et ses divergences». En *Les Divergences de jurisprudence*. Publication de l'Université de Saint Etienne. Saint Etienne, 2003, p. 127. Kaufmann-Kohler, G. «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or excuse?». En *Arbitration International*, 2007, p. 357.

Vocablos conexos: *Lex mercatoria.* Usos y costumbres mercantiles.

Jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales

1. Introducción y presupuestos de existencia de una jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales

La existencia de una jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones ha sido altamente debatida. Dado que los árbitros tienen la misma función que los jueces –la función jurisdiccional– parece natural esperar que los laudos arbitrales creen en determinadas circunstancias, normas generales. Sin embargo, a diferencia de las cortes estatales, los tribunales arbitrales son privados y autónomos. Asimismo, los laudos arbitrales son definitivos y no están sujetos a ningún mecanismo institucionalizado de recurso que permita la coherencia de decisiones. En estas circunstancias, ¿cómo pueden los árbitros crear normas generales? Sin embargo, existen elementos que permiten el desarrollo de una jurisprudencia arbitral. Tales son a) la similitud entre tribunales y diferencias; b) la publicidad de laudos; y c) el hecho de que los laudos sean motivados.

a) Similitud entre tribunales y diferencias

Si bien los tribunales arbitrales son independientes entre sí, existen elementos que les permiten desarrollarse como una unidad. Por una parte, la juridización del arbitraje en el siglo xx permitió que la experiencia de un tribunal sea útil respecto de otro. El arbitraje adquirió una homogenización procesal en virtud de ciertas convenciones internacionales, leyes tipo de arbitraje y de la creación de ciertas instituciones arbitrales y reglamentos de arbitraje. Por otro lado, respecto a la sustancia, dichos arbitrajes tienen en común que se basan en TBIs redactados sobre la base de tratados tipo o modelo, lo que permite la existencia de cláusulas idénticas en tratados diferentes.

Podría alegarse que aun con esta similitud entre tribunales y tratados a aplicar, es difícil esperar que los árbitros se sigan, ya que ellos tienen distintas nacionalidades, distintas tradiciones jurídicas o, inclusive, distintas profesiones. No obstante, si bien el arbitraje es plural, el pluralismo se transforma en neutralismo cultural y el arbitraje se convierte en un híbrido con elementos de varias tradiciones legales (*common* y *civil law*), lo que le da una naturaleza plural y específica («*The Specific Nature of Investment Arbitration*». In Wälde, T. (ed.). *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law* (2007), p. 52).

Asimismo, los árbitros corresponden a una determinada profesión, a veces en virtud del propio Convenio Ciadi, y a una determinada especialización profesional, el arbitraje internacional. Además, los árbitros y los abogados de las partes (que en ocasiones realizan ambas funciones indistintamente) pertenecen, por lo general, a departamentos especializados de grandes estudios de abogados o académicos especializados en dicha rama. Ello permite hablar de una comunidad profesional en la que comparten la misma experiencia y se influyen entre sí.

b) Publicidad de laudos

La publicidad de los laudos arbitrales permite la emergencia de una «experiencia común». En el arbitraje de inversiones los árbitros, por lo general, tienen acceso a las decisiones de otros tribunales, ya que un gran número de laudos son públicos. Si bien la publicación del laudo depende del consentimiento de las partes; las partes, por lo general, no se oponen y los centros de arbitraje, las revistas jurídicas especializadas, así como los abogados de las partes, las publican.

c) Motivación de laudos

Por último, aunque los laudos sean públicos es necesario que ellos sean motivados. En el caso del Ciadi, ello resulta una exigencia cuya violación califica como motivo de anulación en virtud del art. 52(1)(e) del Convenio. En los arbitrajes fuera del Ciadi, aunque la Convención de Nueva York no se pronuncia sobre la cuestión, el Convenio Europeo de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, establece una presunción del deber de motivación. En la práctica, los laudos son motivados, salvo limitadas excepciones.

Por tales motivos, los precedentes arbitrales en el arbitraje de inversiones y su línea consistente, son invocados casi sistemáticamente por las partes para defender sus posiciones, por los expertos legales, a fin de darle contenido a normas jurídicas abstractas; y, finalmente, por los árbitros, quienes los imitan o no en sus decisiones basadas en Derecho. Según un estudio realizado por Jeffery Commission, el promedio de citas de precedentes arbitrales en el 2006 era de 11.25 por laudo de tribunales arbitrales Ciadi, siete por laudo de

tribunales bajo las reglas del mecanismo suplementario del Ciadi y 18.43 por laudo de tribunales fuera del ejido del Ciadi («*Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*», 24, (2) *Journal of International Arbitration* (2007) 149). Dichos laudos contienen innumerables citas de otros, a fin de justificar una decisión determinada o a fin de rechazarla por ser inaplicable o incorrecta.

2. El valor de la jurisprudencia arbitral para los tribunales arbitrales de inversiones internacionales

Existen dos grandes corrientes acerca del valor de la jurisprudencia arbitral. Para la primera, el árbitro tiene la facultad de citar precedentes. Para la segunda, el árbitro tiene el deber de desarrollar y respetar la jurisprudencia arbitral.

a) Facultad de seguir precedentes

En *AES c/ Argentina,* el tribunal declaró que la misión limitada del árbitro no le impide seguir precedentes arbitrales, pero que ello no se les impone (*AES c/ Argentina, Decisión sobre competencia, §27)*. En dicho caso, Argentina opuso, entre otras excepciones, que la accionista no tenía *ius standi* para reclamar por los daños de la sociedad en la que participa y que la diferencia no tenía relación directa con la inversión. En contra de estas excepciones AES citó una serie de precedentes arbitrales http://www.investmentclaims.com/subscriber_article?script=yes&id=/ic/Awards/law-iic-4-2005&recno=1&searchType=Quick&query=AES - law-iic-4-2005-note-9, en los que los tribunales habían admitido las demandas de los accionistas respecto de medidas dirigidas contra la sociedad local.

Contra esta jurisprudencia, Argentina alegó que dada la naturaleza especial de cada tratado y su carácter de *lex specialis*, el tribunal arbitral no podía seguir precedentes arbitrales, ya que ello sería contrario al principio del consentimiento en que está basado el arbitraje. El tribunal arbitral declaró que, efectivamente, cada TBI tiene su identidad propia, que los precedentes arbitrales no son necesariamente relevantes para otros tribunales del Ciadi y que Argentina tiene un derecho válido y legítimo de plantear las excepciones a la competencia que planteó infructuosamente en casos anteriores. No obstante, el tribunal rechazó la afirmación de que debido a la especificidad de cada caso, no puede tenerse en cuenta decisiones anteriores. El tribunal declaró que ello no está prohibido; en especial, si los casos y la base jurisdiccional de estos tribunales, presentan un alto nivel de similitud o, más aún, una identidad. Dada la similitud entre los casos citados por AES, muchos de los cuales estaban basados en el mismo TBI (el TBI entre Estados Unidos y Argentina y el Convenio del Ciadi), el tribunal decidió seguir estos precedentes. El tribunal declaró, sin embargo, que cada tribunal es soberano y puede mantener una solución diferente para resolver un mismo problema.

b) Deber de seguir las soluciones establecidas en una serie consistente de casos

En los laudos *Austrian Airlines, Bayindir*, *Saipem* y *Burlington Resources* existe un párrafo similar que, luego del título: «La relevancia de otras decisiones u otros laudos arbitrales», declara:

> El tribunal considera que las decisiones de otros tribunales no son vinculantes. Al mismo tiempo, es de la opinión que debe considerar decisiones previas. El tribunal considera que, salvo motivos apremiantes en contrario, tiene el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Asimismo, considera que, sujeto a las especificidades del tratado específico y de las circunstancias del caso concreto, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, por tanto, de satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de Estados y de inversores, en pos de la previsibilidad del Estado de derecho. (*Burlington Resources c/ Ecuador*, §100; *Austrian Airlines c/ Eslovaquia*, §84; *Bayindir c/ Pakistán*; *Saipem c/ Bangladesh*, §67).

Aquí, si bien se asume la jurisprudencia como persuasiva y no obligatoria, ya que el deber sería moral y no jurídico, desde un punto de vista operacional, se asimila a la jurisprudencia obligatoria, ya que en caso de ser constante, el árbitro debe seguirla, salvo razones apremiantes en contrario.

3. Condiciones en las que los tribunales arbitrales citan precedentes arbitrales

De la práctica arbitral pueden extraerse ciertas condiciones de cita de precedentes arbitrales.

a) Hipótesis similares

La cita de precedentes se basa en un método analógico. El modo tradicional para determinar la relevancia de precedentes y su aplicabilidad, es aquél que analiza las similitudes y diferencias en términos de contexto,

alcance y efecto de las normas, remedios, procesos, objetivos y actores en cuestión. Ello no significa que los hechos y el Derecho deban ser idénticos o muy similares. Puede suceder que los hechos no sean similares, pero sí la cláusula a interpretar. En tal caso, los tribunales arbitrales, generalmente, hacen uso del precedente. No obstante, los tribunales deben ser cautos a la hora de comparar las cláusulas de los tratados, ya que como menciono, el tribunal en *AES c/ Argentina*: «similitudes sorprendentes en la redacción de los TBI muchas veces ocultan diferencias reales en la definición de algunos conceptos clave, como puede ser el caso de la definición de "inversiones" o de los derechos y obligaciones de cada parte». (*AES c/ Argentina*, *Decisión de competencia, §25*).

Asimismo, los tribunales citan precedentes cuando los hechos son similares, pero no los TBI. Tal es la situación del gran número de casos contra Argentina, en virtud de la crisis económica del 2001, respecto de los cuales, los tribunales arbitrales adoptaron la misma definición del estándar del trato justo y equitativo, aun cuando las cláusulas de cada TBI eran distintas entre sí.

b) ¿Debe el precedente ser constante?

La doctrina y jurisprudencia a veces exigen que el precedente corresponda a una jurisprudencia constante. Ése es el caso, por ejemplo, en *Bureau Veritas*, donde el tribunal arbitral justificó no seguir los precedentes arbitrales citados por las partes, ya que «no hay jurisprudencia constante sobre el efecto de las cláusulas paraguas» (*Bureau Veritas vs. Paraguay, Laudo,* §141*; Helnan International Hotels AS c/ Egipto, Decisión del Comité ad hoc de anulación,* §49*)*. No obstante, estas cuestiones son factores o elementos que hacen a la autoridad del precedente, pero su ausencia no impide la cita.

c) ¿Precedentes definitivos?

En la práctica los tribunales arbitrales citan precedentes de laudos contra los cuales procede un recurso de anulación o que han sido anulados. Por ejemplo, en *Joy Mining* y *LG&E*, los tribunales arbitrales citaron el laudo *CMS c/ Argentina*, respecto de la cláusula paraguas, estando el proceso de anulación de este último, pendiente *(Joy Mining Machinery Limited c/ Egipto, Decisión sobre competencia, § 64-82; LG&E c/ Argentina, Laudo, §164-165).* Esta práctica es coherente con el hecho de que la anulación no es un verdadero recurso de apelación y no afecta el valor del razonamiento del tribunal.

d) Ratio decidendi y obiter dicta

En *Renta 4* el tribunal arbitral sostuvo que el uso del precedente debería limitarse, como en la doctrina del *stare decisis,* a la *ratio decidendi (Renta 4 c/ Rusia, Decisión sobre competencia, §91)*. Según este sistema, sólo la *ratio decidendi* (esto es, el principio o los principios necesarios para decidir el caso) y no el *obiter dictum*, forma parte del precedente obligatorio. No obstante, el Comité *ad hoc* en *Amco Asia* declaró que, dado que no está obligado a seguir precedentes, no resulta necesario distinguir entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum (Amco Asia c/ Indonesia, Decisión del Comité ad hoc de anulación, §44*). En los sistemas de *common law* sólo la *ratio decidendi* puede constituir un precedente obligatorio, pero los *obiter dicta* constituyen precedentes persuasivos. Dado que en el arbitraje de inversiones, el precedente no es obligatorio sino persuasivo; la distinción es irrelevante. En la práctica, los tribunales arbitrales citan *obiter dicta (Decisión del Comité ad hoc de Anulación en Enron c/ Argentina, § 63-67, 113-123).*

e) Soluciones jurisprudenciales en el arbitraje de inversiones internacionales

Como se verá en las siguientes páginas, existen coherencias, pero también divergencias importantes.

i) Las coherencias

En el Derecho de las inversiones pueden encontrarse varios ejemplos de soluciones coherentes. El primer ejemplo es el de la admisión de las demandas arbitrales fundadas en una oferta unilateral contenida en un tratado. Ni el Convenio Ciadi ni los *travaux préparatoires* habían previsto la posibilidad de que el consentimiento al arbitraje pueda darse mediante un tratado. Desde el primer caso fundado en un TBI, *AAPL c/ Sri-Lanka*, se han admitido dichas demandas en forma sistemática, a pesar del silencio del Convenio Ciadi y el debate doctrinal acerca de lo que J. PAULSSON denominó «arbitration without privity». Como mencionó Brigitte STERN, el principio se ha establecido de tal forma, que los tribunales ni siquiera tienen la necesidad de discutirlo («Precedent in international arbitration». *Iai series, Juris.* GAILLARD and BANIFATEMI (eds.), 2008, p. 149).

Un segundo ejemplo de soluciones coherentes, es el de la admisibilidad de la demanda del accionista extranjero de una sociedad constituida en el Estado receptor, para reclamar por la indemnización de daños y perjuicios indirectos sufridos, en virtud de la violación de contratos y concesiones concluidos por sus filiales con el Estado. El derecho de accionistas extranjeros de reclamar por daños indirectos fue analizado por la CIJ en el caso *Barcelona Traction.* La CIJ declaró que en Derecho internacional general, el Estado no tiene legitimación para reclamar la protección diplomática de los accionistas, por los daños a la sociedad en que éstos tienen sus acciones.

En la gran mayoría de los procesos iniciados por accionistas de sociedades locales, la mayoría contra Argentina, Argentina objetó que no existe en Derecho internacional un derecho del accionista a reclamar por los derechos de la sociedad local. Los tribunales rechazaron sistemáticamente dicha excepción, dado que el accionista reclama por sus derechos derivados del tratado y no por los derechos de la sociedad local. Las decisiones en este sentido no sólo son unánimes, sino que representan más de 25.

Un tercer ejemplo de decisiones coherentes, es aquél respecto de la interpretación del art. 42 del Convenio del Ciadi en relación a TBIs. Dicho artículo establece que, en caso de ausencia de elección por las partes, el Derecho aplicable al fondo, es «la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables». La disposición, habiendo sido ideada para contratos, fue originariamente interpretada, de modo que el Derecho internacional cumpla una relación subsidiaria (colmar lagunas) y jerárquica (de control). Pero, dicha posición resultó insostenible luego de la aparición del arbitraje basado en tratados en los años noventa.

Desde entonces, el Derecho aplicable se internacionalizó; y, salvo en determinados casos de aplicación del Derecho nacional para ciertas cuestiones, el principal Derecho aplicable a los reclamos basados en un tratado, es el Derecho internacional. Consecuentemente, en un gran número de laudos y decisiones de comités *ad hoc*, el Derecho internacional apareció como primero en escena, dejando de tener carácter subsidiario.

ii) Las divergencias

Asimismo, también existen grandes divergencias. Tales divergencias prevalecen, entre otros, en materia de la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula paraguas y respecto a la definición de inversión, en virtud de lo establecido por el art. 25 del Convenio del Ciadi. Tales divergencias han generado un gran debate entre académicos, profesionales e instituciones arbitrales, acerca de la necesidad de crear mecanismos de apelación o simplemente de modificar el sistema. Algunos autores han llegado a decir que el sistema se halla inmerso en una crisis de legitimidad, aunque no queda claro si reclaman más integridad o más coherencia. ¿Cómo es posible hablar de una jurisprudencia arbitral ante estas divergencias? Las divergencias significan la ausencia de soluciones generales. Los criterios jurisprudenciales, al ser antagónicos, se excluyen mutuamente y la divergencia representa una ausencia de consenso.

Cabe preguntarse si la existencia de divergencias impide la existencia de una jurisprudencia arbitral. Evidentemente, ello dependerá de lo que se espere de ella. Pero, no debe olvidarse que existen divergencias aun respecto de la jurisprudencia de tribunales domésticos. Tampoco debe olvidarse que el arbitraje de inversiones se halla inmerso en un sistema autónomo y atomizado, donde los mandatos de cada tribunal varían en función de las múltiples bases de competencia, incluyendo una peculiar red de tratados bilaterales. Dada la diversidad de bases de competencia y de las fuentes de las obligaciones, y el hecho de que el uso del precedente arbitral depende de la discreción del árbitro, el alcance de la jurisprudencia va a ser más limitado que en cualquier otro sistema.

Como se demostró *supra*, existen soluciones arbitrales coherentes. Dichas soluciones no sólo forman parte del proceso arbitral y de la motivación de las decisiones en base a Derecho, sino que son utilizadas por abogados y académicos para dar contenido a normas jurídicas abstractas y definir el Derecho internacional de las inversiones y el arbitraje de inversiones.

(Autor: Dolores Bentolila. White & Case S.A. Ginebra).

Referencias bibliográficas: Gaillard, E. and Y. Banifatemi. «Precedent in International Arbitration». Juris Net Llc, 2008. Bjorklund, A.K. «Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante». In *International Economic Law: The State and Future of the Discipline.* Picker *et al.* (ed.). 2008. «The Role of Precedent in Investment Arbitration». In *Arbitration Under International Investment Agreements A Guide to the Key Issues*, Yannaca-Small (ed.), 2010, pp. 699. Reinisch, A. «The Role of Precedent in Icsid Arbitration». In *Austrian Arbitration Yearbook*. Klausegger and Klein (ed.), 2008. Schreuer, C. and M. Weiniger. «A Doctrine of Precedent?». In *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Muchlinski *et al.* (ed.), 2008. Walde, T.

«Confidential Awards as Precedent in Arbitration. Dynamics and Implication of Award Publication». In *Precedent in International Arbitration*. GAILLLARD E. and Y. BANIFATEMI (ed.), 2007, pp. 113-135. CHENG, T.H. *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration. 30 Fordham Int'l L.J.*, 2006-2007, p. 1014. COMMISSION, J.P. *Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, 24 (2) *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 129. DI PIETRO, D. «The Use of Precedents in Icsid Arbitration: Regularity or Certainty?». *International Arbitration Law Review*, 2007, p. 92. GIBSON, C.S. and C.R. DRAHOZAL. «Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration», 23 (6) *Journal of International Arbitration*, 2006, p. 521. KAUFMANN-KOHLER, G. «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?», 23 (3) *Arbitration International*, 2007, p. 357. SCHREUER, C. «Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration», 3 (2) *Transnational Dispute Management*, 2006. VADI, V.S. «Towards Arbitral Path Coherence & Judicial. Borrowing: Persuasive Precedent in Investment Arbitration», 5 (3) *Transnational Dispute Management*, 2008. BENTOLILA, D. «Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones». AMDI, 2012, p. 374.

VOCABLOS CONEXOS: Jurisprudencia arbitral.

JUSTIPRECIO (EN EL MARCO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES)

1. Indemnización «pronta, adecuada y efectiva» e indemnización «justa»

Definir el concepto de justiprecio en el arbitraje de inversiones ofrece las dificultades propias de coexistir dos aproximaciones distintas desde las que abordar tal misión; en primer lugar, la propia de aquellos Estados exportadores de capital, conocida bajo el nombre, ya clásico, de «*fórmula Hull*», con origen en la nota diplomática del Secretario de Estado de Estados Unidos, Cordell Hull, a México en 1938, conforme a la cual debe entenderse por justiprecio aquella indemnización «pronta, adecuada y efectiva», a satisfacer por el Estado receptor en caso de expropiación, identificándose ésta con el valor de mercado. Los Estados importadores de capital auspician atender a un valor distinto al valor de mercado, hablándose de indemnización «justa», «equitativa» o «adecuada», frente a la noción de indemnización «plena», permitiendo introducir criterios de equidad en el valor de mercado, con el fin de aminorar su *quantum* y flexibilizar el momento o modo en que debe ser tal compensación satisfecha. (*Vid*. Resoluciones NN.UU. 1803(XVII) 14-12-1962,3201(S-VI) 1-5-1974, 3281(XXIX) 12-12-1974, *vid*. *Liamco vs. Libia*).

Aunque se opte por asumir que el sacrificio de los derechos del inversor debe ser indemnizado completamente y de un modo rápido y efectivo por el Estado receptor, es indudable que la práctica internacional siempre va a recoger supuestos en que circunstancias tales como crisis institucionales, reformas agrarias, nacionalizaciones, demanializaciones, conflictos bélicos o situaciones de «*default*» del Estado receptor, hacen que la compensación percibida realmente, no siempre sea identificable dentro de tales parámetros, en atención al «intenso conflicto de sistemas e intereses» presente en el marco de la comunidad internacional (TIJ en «*Barcelona Traction*»).

2. El justiprecio en los Tratados de Inversión Extranjera

El examen de los Tratados de Inversión Extranjera (ver vocablo Appri) permite concluir que, en su gran mayoría, el justiprecio debe identificarse con la indemnización plena o «*fórmula Hull*», ya se exprese como valor de mercado, valor verdadero de mercado, valor genuino de mercado, valor de mercado actual, valor de sustitución, o directamente indemnización pronta, adecuada y efectiva, siendo minoritarios los Appris que hablan de indemnización justa, valor apropiado, valor adecuado o simplemente indemnización sin entrar en su adjetivación.

La trascendencia de tales divergencias debe ser relativizada a la luz de la cláusula de trato nacional o la cláusula de nación más favorecida, de común recepción en los Appris, que garantiza que la inversión debe recibir un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales del Estado receptor o de cualquier otro Estado, salvo si se atiende a las opiniones minoritarias que consideran que el estándar de compensación debe considerarse como un elemento de carácter jurídico procesal y no jurídico sustantivo que no entraría en el ámbito de aplicación de la cláusula (*vid. CME BV vs. República Checa*, voto particular del Profesor BROWNLIE).

En todo caso, no es pacífica la consideración del estándar de compensación como derecho de naturaleza procesal y debe considerarse la extensión del juego de la cláusula de nación más favorecida a cuestiones procesales (*Maffezini vs. España)*.

3. Métodos para la determinación del justiprecio

No cabe abogar por la elección de un método de valoración único, sino que deberá atenderse a la naturaleza y circunstancias presentes en la inversión, bien o derecho expropiado. En todo caso, debe tenerse presente la posible existencia de reducciones en el valor obtenido (*vid. Metalclad vs. México, CSOB vs. República Eslovaca)* o de un valor residual a conservar por el inversor (*vid. CME BV vs. República Checa*).

- *Método DCF (Discounted Cash Flow)*

Para justipreciar las empresas en marcha (*going concern*), uno de los métodos más frecuentemente aplicados, es el análisis de flujo de caja descontado *(DCF, Discounted Cash Flow*), que estima los flujos futuros de caja que la empresa generaría, descontándolos a su valor presente, incluyéndose coste de capital (*vid*. Directriz IV.6 de las del Banco Mundial sobre Inversión Extranjera Directa). La aplicación de tal método, relativamente nuevo en el mundo del arbitraje, implica indudables componentes prospectivos y exige, por ende, que la empresa haya operado a lo largo de un período suficientemente prolongado, en que se haya acreditado un historial de rentabilidad (*vid*. *Metalclad vs. México, Autopista Concesionada vs. Venezuela*), haciendo recaer en caso contrario sobre el inversor, la carga de probar la capacidad para generar futuros beneficios (*vid*. *Compañia de Aguas de Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina).*

- *Método P/E (Price/Earnings)*

Tal método, también adecuado para la valoración de empresas en marcha, considera los resultados de ejercicios pasados, capitalizándolos mediante la aplicación de un múltiplo (*ratio* P/E) que representa las expectativas futuras (*trailing* P/E o *forward* P/E).

- *Valor Neto Contable (NBV, Net Book Value)*

Descansa en el valor resultante del examen de los documentos contables de la empresa, o cuando se trate de la expropiación de un activo tangible de la misma, atendiendo a su precio de adquisición con las correspondientes depreciaciones acumuladas, conforme a principios contables de general aceptación. Aunque, sin duda, presenta limitaciones, al no reflejar balance y cuenta de resultados activos intangibles de indudable importancia, ni expectativas futuras, ofrece el atractivo de estar basado en documentos generados con fin distinto al de apoyar una determinada reclamación.

- *Valor de sustitución*

Atiende al coste de reemplazar la inversión al estado previo a los actos lesivos.

- *Valor de liquidación*

Considera la cantidad que un posible comprador pagaría a un posible vendedor en el curso de un proceso de liquidación de la empresa.

- *Previas transacciones u oferta de adquisición de terceras partes*

Sin duda, ofrecen un criterio valorativo utilísimo siempre que sean próximas en el tiempo y previas a la expropiación.

- *Capitalización de mercado*

Atiende al valor de capitalización de mercado, considerada su cotización multiplicada por el número de acciones, si bien exige, para ofrecer una imagen auténtica, un suficiente volumen de negociación de los títulos de la compañía.

4. Fecha para la determinación del justiprecio. Momento y forma de pago. Interés. Ilegalidad de la expropiación

El criterio general es atender a la fecha de la expropiación o inmediatamente anterior al que ésta sea de público conocimiento, sin que en ningún caso la indemnización deba incorporar el efecto adverso de la adopción o anuncio de la medida expropiatoria en el valor de la inversión. Más dificultad ofrece qué momento considerar en las llamadas «*creeping expropriations*» *(vid. Generation Ukraine vs. Ukraine)*.

En ningún caso se exige que el pago sea previo a la expropiación; los Appris suelen hablar de «pronto pago», «pago sin demora», o «pago sin demora irrazonable», previéndose en algunos Appris un plazo para su abono, e incluso en algunos, la posibilidad de satisfacerlo en plazos; gran número de Appris exigen que el justiprecio satisfecho sea libremente transferible al extranjero y abonado en moneda libremente convertible. El abono de un interés, desde el momento de la fecha de expropiación hasta la fecha del pago de la indemnización, es frecuente, empleando como tipo el normal de mercado, el comercial o basado en el Libor.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros.
Árbitro independiente. Abogado del Estado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, Hunter, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional,* 2006. NEWCOMBE y PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009. BALL. «Assessing Damages in Claims by Investors against Status». Icsid *Review* n.º 16-*Foreign Investment Law Journal*. VANDEVELDE. *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Expropiación.

K

***KOMPETENZ-KOMPETENZ* (PRINCIPIO DE) (VER «COMPETENCIA SOBRE LA COMPETENCIA»)**

L

LATINOAMÉRICA COMO SEDE ARBITRAL

La sede es el lugar en donde se establece un asiento, una jurisdicción, el domicilio de una entidad pública o privada. La doctrina arbitral, ha expresado que el concepto puede ser utilizado como experiencia fáctica y también jurídica, cuando las partes contratantes así lo precisan en el convenio arbitral; o bien, puede hacerse aplicando el procedimiento arbitral que así lo prevea; y, en tercer lugar, mediante la decisión proferida por los árbitros, amparados en reglas que le dan validez a lo actuado por ellos (PERALES V., Pilar VISCASILLAS y Susana PERÉZ ESCALONA. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Editorial Palestra, 2011, pp. 938-939).

En los nuevos contextos económicos, del desarrollo de la institución arbitral, las sedes arbitrales están determinadas por el desarrollo de una cultura arbitral (civil y comercial) incluyente que los países de Latinoamérica han alcanzado, con la implantación de una nueva legislación arbitral doméstica, siguiendo la Ley Modelo de Uncitral, el Régimen General de los Tratados de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975.

En materia de sedes arbitrales, los países del ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América) vienen promoviendo cambios en el sistema arbitral, presididos por Ecuador, a fin de disponer de sedes arbitrales diferentes a las tradicionales, al mismo tiempo que se desvinculan del Ciadi, respaldado por el Banco Mundial. Los intereses, en lo que concierne a la elección de las sedes arbitrales en Latinoamérica, vienen generándose a partir de cambios legislativos alcanzados, desde el año de 1990, a través de los proyectos financiados por el BID (Banco Interamericano de Desarrollo) *v. gr.*, el de Panamá, en el Decreto Ley n.° 5 de 8 de julio de 1999, mediante el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, la Conciliación y la Mediación.

Y, en materia de inversiones, ello se alcanza mayormente a partir del año 2000 con la dinámica de la globalización, amparados con los tratados bilaterales y multilaterales, que regulan la materia, como el Convenio de Washington de 1965.

Las sedes arbitrales que le han servido de base a los procesos arbitrales comerciales, tradicionalmente han sido los de la CCI, en la ciudad de París; pero, para el desarrollo de los arbitrajes de esa institución en Latinoamérica, a partir del año 2004, se eligió la ciudad de Panamá como sede para los nuevos foros arbitrales de esa institución. Asimismo, comienzan a perfilarse nuevos foros respaldados por los países del ALBA, los de la Celac y los integrados en el grupo Brics (China, India, Brasil y África), para la cooperación en materia de economía sostenible.

Se da mucha importancia al arbitraje en los países del ALBA y los Brics (cuya importancia real en número y cuantía de arbitrajes, está aún por comprobarse) y ninguna a los realizados en Miami, México o incluso Madrid, principales sedes, por número y cuantía, del arbitraje comercial internacional latinoamericano. Su inclusión reflejaría con mayor precisión la situación real.

(Autor: Ulises Pittí G. Panamá).

Referencias bibliográficas: Chillón Median, José María y José F. Merino Merchán. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Arazandi, 2006, 3.ª edición. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje.* México D.F.: Editorial Porrúa, 2008. Oppetit, B. *Teoría del arbitraje.* Bogotá: Legis, 2006. Perales Viscasillas, Pilar y Susana Peréz Escalona. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional comercial y de inversiones.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Editorial Palestra, 2011, pp. 938-939. Pittí, G. Ulises. «La anulación del laudo arbitral en la legislación panameña». *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, octubre-diciembre 2001, vol. 62, n.os 3 y 4. Zambrana, Nicolás. «Conciliación». En *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones),* pp. 378-379. Convenio de Washington de 1965. Firmado por Panamá el 22 de noviembre de 1995. Convenio de Panamá de 1975. Ratificado por Panamá mediante la Ley n.° 15 del 30 de enero de 1975. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Convenio de Nueva York de 1958. Ratificado por Panamá mediante la Ley n.° 5 del 25 de octubre de 1983. Decreto Ley n.° 5 del 8 de julio de 1999 (Gaceta Oficial 23,837 de 10 de julio de 199). La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados. *Revista Internacional de Arbitraje* 2004.

Vocablos conexos: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Cultura arbitral. Ley Modelo Uncitral. Lugar del arbitraje.

Laudo

1. Nociones introductorias

Ni el Convenio de Nueva York, ni la Ley Modelo Uncitral, ni la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje proporcionan una definición de laudo.

El laudo es una decisión de los árbitros. Pero, hay que distinguirla de otras decisiones o resoluciones que los árbitros toman a lo largo del procedimiento. Es laudo la decisión que pone fin a una cuestión objeto de disputa, resolviéndola. Es siempre una resolución de fondo (no meramente procedimental) que afecta a los derechos de las partes del proceso que, generalmente, será susceptible de ser ejecutada por los tribunales (por ejemplo, al amparo del Convenio de Nueva York). Por tanto, el criterio básico para calificar una decisión del árbitro como laudo debe ser la función y el efecto de esa decisión, más que su forma o la calificación o denominación que los árbitros le hayan dado. Así, hay casos en que una decisión de los árbitros ha sido considerada laudo por los tribunales nacionales con independencia de su forma y calificación. Así, en el *Caso Brasoil* (decisión de la Corte de Apelación de París de 1 de julio de 1999), la Corte francesa anuló una orden procesal de un tribunal arbitral bajo las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes habían acordado dividir el procedimiento en dos fases; tras el laudo parcial, que establecía la responsabilidad por incumplimiento contractual de Brasoil, en la fase de cuantificación de daños, la contraparte, GMRA, aportó documentos que Brasoil alegó habían sido fraudulentamente escondidos en la fase primera del procedimiento. Brasoil después requirió al tribunal la reconsideración de su primer laudo sobre la base de hechos nuevos descubiertos con posterioridad. GMRA se opuso. El tribunal invitó a las partes a hacer alegaciones escritas sobre esta petición y luego las citó a una vista. Después dictó una orden de procedimiento por la que tomó la decisión de no admitir la petición de reabrir el fondo del asunto laudado en la primera fase del procedimiento. Brasoil interpuso acción de nulidad contra esa orden de procedimiento y la Corte de Apelación de París lo admitió, considerando que la decisión, a pesar de haber sido calificada de orden de procedimiento, era en realidad un laudo.

2. Tipología de laudos

Se suelen distinguir los siguientes tipos de laudos: laudo final; laudo parcial; laudo interlocutorio o provisional (*interim award*); laudo en rebeldía (*default award*); y laudo por acuerdo de las partes.

Todas o algunas de estas terminologías están citadas en las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, en las Reglas Uncitral o en las leyes nacionales. Pero, ninguna da una definición de uno u otro tipo de laudo.

Laudo final: Puede entenderse como laudo final aquél que pone fin a las actuaciones arbitrales, resolviendo todas las cuestiones en disputa entre las partes. También cabe entender como final aquél que resuelve de forma definitiva y con efectos de cosa juzgada entre las partes, alguna de las cuestiones en disputa, aunque no ponga fin a las actuaciones arbitrales.

Laudo parcial: El laudo parcial lo es porque resuelve solamente una o algunas de las cuestiones en disputa, pero no pone fin a las actuaciones del procedimiento. Ahora bien, las cuestiones que resuelve, sí las resuelve con carácter «final»; es decir, con efectos vinculantes para las partes y de forma definitiva. Casos comunes de laudos parciales con los que se fracciona la resolución de la controversia, serían los que resuelven primero sobre la responsabilidad y después sobre los daños; o los que resuelven sobre una petición de medidas cautelares y después sobre el pleito principal; o los que resuelven primero sobre la capacidad o legitimación de una de las partes o sobre jurisdicción o validez del convenio arbitral y luego sobre el proceso principal.

Laudo interlocutorio o provisional: Sería un laudo que resuelve provisionalmente (y no de forma definitiva) una cuestión en disputa. Sería, pues, lo opuesto al laudo final. Se confunde a menudo con el laudo parcial (que sí es final en el sentido de definitivo), y por esto la Ley Modelo Uncitral no recogió ninguna definición, puesto que la mayoría de las veces que se dictan laudos denominados «*interim*» o «interlocutorios», son en realidad laudos parciales que resuelven de forma definitiva una determinada cuestión. Muchos autores suelen calificar de laudo provisional o interlocutorio, el laudo que resuelve sobre medidas cautelares. No obstante, otros discuten tal calificación, ya que se resuelve de forma definitiva una cuestión en disputa, como es la necesidad o no de la protección cautelar solicitada. La problemática de los laudos interlocutorios, es el hecho de si son o no ejecutables.

Laudo en rebeldía: Es el que se dicta sin que una de las partes (normalmente, el demandado) aparezca en el procedimiento.

Laudo por acuerdo de las partes: Es aquél que contiene el acuerdo transaccional de las partes del proceso. Puede ser un laudo final (que ponga fin a todas las controversias) o parcial (sólo a algunas). Las normativas arbitrales suelen exigir condiciones para la validez de estos laudos. Las más comunes son que el acuerdo transaccional se haya producido durante las actuaciones arbitrales; sólo puede ocurrir cuando ambas partes participan en el proceso; ha de haber una suerte de homologación arbitral de ese acuerdo transnacional que revestirá forma de laudo. Además, las reglas nacionales de arbitraje suelen conceder a los árbitros un cierto control y posibilidad de oponerse al acuerdo para evitar la existencia de laudos que contengan disposiciones contrarias a la ley, al orden público o que conlleven perjuicios para terceros ajenos al proceso. El laudo transaccional no requiere que esté motivado, porque no es resultado de una contradicción, sino de un acuerdo entre las partes. Las normas nacionales de arbitraje suelen reconocerle los mismos efectos que un laudo dictado en contradicción; tiene, pues, efectos de cosa juzgada, aunque en esta cuestión es conveniente acudir a cada ley local para verificar los efectos que se conceden a este tipo de laudo.

(Autora: Elisabeth de Nadal. Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD y DI PIETRO. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention Practice*. Londres: Cameron May, 2008. LEW, MISTELIS y KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration.* La Haya/Londres/Nueva York: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Laudo conciliatorio. Laudo parcial. Medidas cautelares.

LAUDO CONCILIATORIO

Si tenemos en cuenta que el origen del arbitraje reside en la libertad de decisión y voluntad de las partes, quienes configuran el desarrollo del procedimiento arbitral (que nunca se inicia de oficio por el árbitro), re-

sulta consecuente que su terminación pueda, asimismo, decidirse por ellas mismas. La libertad y autonomía de la voluntad rigen en todo momento la institución arbitral y una de las manifestaciones más destacables de dicho poder de disposición de las partes, es la relativa a la posibilidad de la que gozan de convenir un laudo que ponga fin, total o parcialmente, de forma no contradictoria a la controversia existente que provocó la pretensión arbitral.

Aunque la forma normal de finalización de un proceso arbitral sea el laudo contradictorio, también podemos encontrarnos con otras formas de terminación «anormal» del proceso, sin contradicción, debido a razones meramente procesales, como puede ser el desistimiento de la parte actora o el sobreseimiento por existencia de determinados impedimentos que no permiten la continuación del proceso, quedando imprejuzgada la pretensión, así como por razones materiales, tal y como ocurre en los supuestos de allanamiento de la parte demandada, satisfacción extraprocesal o incluso, por concurrencia de transacciones entre ambas partes, supuesto este último en el que puede alcanzarse un laudo conciliatorio.

Por tanto, durante un proceso arbitral las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente al conflicto, dando los árbitros por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados. Si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar dicho acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos.

Esta posibilidad viene recogida en numerosas leyes arbitrales, entre las que destacamos la ley arbitral española (Ley n.º 60/2003), cuyo art. 36 reproduce de forma prácticamente idéntica, el tenor literal del art. 30 de la Ley Modelo Uncitral, el cual proclama que si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones; y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. Y en un sentido similar se pronuncia el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, en su art. 32, al manifestar que si las partes llegan a un arreglo después de que el expediente haya sido entregado al tribunal arbitral, de conformidad con lo previsto en el art. 16, se dejará constancia de dicho arreglo en un laudo por acuerdo de las partes, siempre y cuando las partes así lo hayan solicitado y el tribunal arbitral esté de acuerdo con dictarlo.

Los requisitos fundamentales que deben apreciarse para la consecución de un acuerdo conciliatorio que ponga fin al procedimiento arbitral, son los siguientes:

a) Debe tratarse de un acuerdo que adoptan las partes durante el desarrollo del proceso arbitral, pues consiste en una transacción o convenio alcanzado una vez el mismo ha comenzado, y no con anterioridad a su puesta en marcha.

b) Dicho pacto debe expresar la voluntad de ambas partes, quienes han de estar de acuerdo en que se elimine la contradicción y pueda dictarse un laudo conciliatorio; al desaparecer la contradicción deja de tener sentido la continuación del proceso. Su homologación por el árbitro se solicita siempre a instancia de parte.

   No resulta preciso que haya equivalencia o igualdad entre las concesiones que se hagan recíprocamente las partes, incluso sería viable que una de las partes no realizara ninguna concesión, siempre y cuando exista consenso entre ambas.

c) El acuerdo adoptado por las partes se verá reflejado en una resolución dictada por el árbitro que reviste la forma de laudo.

   Consideramos que será perfectamente admisible que la petición al árbitro se realice, tanto por escrito como de forma oral. En el caso de que se formule por escrito, resulta irrelevante que lo soliciten las partes en un mismo documento o en documentos separados; si se pretende realizar dicha solicitud de una manera oral, tal petición deberá documentarse en las actas del procedimiento.

   Ante la solicitud de las partes, generalmente, los árbitros procederán a dictar el laudo, pero excepcionalmente puede ocurrir que se aprecien motivos para oponerse a dicho acuerdo conciliatorio. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada. A nuestro juicio, y compartiendo el de parte de la doctrina, esta capacidad de oposición debe ser restringida y únicamente podrán oponerse cuando el acuerdo resulte contrario al interés general o al orden público; perjudique a terceros o sea contrario a alguna norma imperativa; es decir, los mismos límites materiales

que afectan a cualquier tipo de negocio jurídico; y, por supuesto, cuando el acuerdo contenga materias no disponibles por las partes; y, por tanto, no susceptibles de someterse a arbitraje.

d) En cuanto a los límites temporales de este acuerdo, podemos manifestar que para el *dies a quo* o momento a partir del cual podrán las partes convenirlo, resultará imprescindible que el procedimiento arbitral haya comenzado, mientras que el *dies ad quem* vendrá determinado por el momento en que se ponga fin a la actuación arbitral, que será cuando los árbitros dicten el laudo final.

e) El laudo que dicten los árbitros pronunciándose sobre el acuerdo de las partes, debe presentar los mismos requisitos que se predican del laudo contradictorio –con excepción de que en la ley española el laudo conciliatorio tiene la obligación de ser motivado, en tanto y en cuanto la decisión que se refleja en el propio laudo no es producto de una contradicción resuelta por el árbitro, sino de un acuerdo que se ha adoptado exclusivamente entre las partes–.

f) Será posible, tanto que el acuerdo que alcancen las partes sea parcial, esto es, se refiera únicamente a un punto o a varios del convenio arbitral, como que dicho acuerdo sea total. Las consecuencias jurídicas de dicho acuerdo serán diferentes, dependiendo de si afecta a la totalidad del objeto del arbitraje o únicamente a parte de él. Nada impide, además, que cuando nos encontremos ante un arbitraje en el que exista una pluralidad de sujetos dentro de cada una de las partes (lado activo o lado pasivo), únicamente se pongan de acuerdo algunas de ellas.

Los efectos jurídicos que provoca este acuerdo conciliatorio de las partes sobre la pretensión que ejercitaron en su momento y ahora deciden finalizar de común arreglo, pueden resumirse, principalmente, en tres:

1) En primer lugar, desaparece el objeto del litigio. Las partes han llegado a un acuerdo y como consecuencia de él, termina el proceso arbitral al desaparecer el conflicto jurídico que lo provocó, careciendo de sentido la continuación del mismo.

2) Finaliza la función del árbitro como tercero neutral que va a solucionar la controversia suscitada. Cesan su cargo y sus poderes, pues al igual que en su día las partes decidieron otorgar al árbitro dicha misión, ahora ellas mismas son quienes voluntariamente deciden poner fin a sus funciones.

3) Finalmente, se dicta un laudo que presenta la misma eficacia que cualquier otro laudo sobre el fondo del asunto, es decir, produce efectos de cosa juzgada y constituye título ejecutivo. Por lo que podemos afirmar que la decisión arbitral sea producto de la contradicción o de un acuerdo entre las partes; no va a influir en la eficacia del laudo dictado.

En principio, cabe presumir que si han sido las partes quienes voluntariamente han acordado la solución del litigio existente, de esta misma manera van a cumplir lo previsto en dicho acuerdo o pacto, por lo que consecuentemente no resultará necesario acudir a la ejecución forzosa del laudo. Sin embargo, puede suceder que alguna de las partes incumpla lo estipulado, en cuyo caso el laudo conciliatorio adoptado, es un título ejecutivo desde el mismo momento en el que se dicta, al igual que un laudo contradictorio, por lo que podrá procederse a su ejecución forzosa por el tribunal competente.

Por su parte, los efectos del laudo conciliatorio serán diferentes, según nos encontremos ante un acuerdo total o ante uno parcial. Por ello, distinguimos los supuestos en los que existe un acuerdo entre las partes con relación a la totalidad de las pretensiones ejercitadas y entre todas las partes intervinientes, en donde finaliza el proceso arbitral, mientras que, por el contrario, cuando el acuerdo sea parcial, bien en relación con las pretensiones o bien subjetivamente, es decir, con las partes del convenio, se clausurarán las actuaciones arbitrales únicamente respecto a aquellos aspectos o partes que lo han convenido, continuado el proceso arbitral respecto de aquellas pretensiones o frente al resto de partes que no consiguieron alcanzar ningún acuerdo.

Por último, debemos cuestionarnos si este laudo conciliatorio que ha sido fruto de un pacto entre las partes y que produce efectos de cosa juzgada, es susceptible de anulación o de revisión.

Respecto a la acción de anulación, en principio, nada impide que la misma pueda interponerse frente a un laudo conciliatorio, como medio de impugnación de la cosa juzgada. Sin embargo, parte de la doctrina ha entendido que en el supuesto de los laudos que han sido consensuados por el consentimiento de ambas partes, en ocasiones no debe permitirse el ejercicio de esta acción, como consecuencia del principio de que «nadie puede ir en contra de sus propios actos», pues tratar de anular aquello que fue pactado por las partes, ni resulta prudente, ni demuestra un comportamiento leal entre las mismas. En todo caso, restaría la posibi-

lidad de alegar que una de las partes alcanzó dicho acuerdo de una manera involuntaria, al concurrir en ella un vicio de consentimiento.

En lo que al juicio de revisión se refiere, como otro medio de impugnar la cosa juzgada de un laudo arbitral, de nuevo y, en principio, sería aceptable el ejercicio de esta acción contra un laudo obtenido por acuerdo entre las partes.

Ahora bien, si observamos el elenco de motivos –taxativos– que permiten la revisión en la mayoría de los ordenamientos y que reflejan que la decisión arbitral adoptada ha sido fruto del desconocimiento de una serie de hechos, pruebas, datos, etc., que si se hubiera dispuesto de ellos con anterioridad a la decisión final, el sentido del laudo hubiera sido diferente, demuestran la dificultad de la misma en sede de un arbitraje resuelto de manera conciliatoria entre las partes, lo que no obsta que podamos contar con dicha posibilidad. Cuando el motivo de revisión se refiera a la obtención del laudo en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta sobre una de las partes para obtener el pacto origen de un laudo conciliatorio, no existirá óbice alguno que impida la interposición de la acción de revisión, siempre y cuando quede demostrado el nexo causal entre dicha conducta y el laudo conciliatorio pronunciado.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho procesal, Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

Referencias bibliográficas: Barona Vilar, S. *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003). AA.VV.* Madrid: Thomson Civitas, 2011, 2.ª edición. Garberí Llobregat, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004. Hierro Hernández-Mora y R. Hinojosa Segovia. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje. AA.VV.* Barcelona: Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2004.

Vocablos conexos*:* Arbitraje. Convenio arbitral. Cosa juzgada. Disponibilidad del objeto. Laudo. Laudo parcial. Ley Modelo Uncitral. Procedimiento arbitral.

Laudo inhibitorio

Se define como la resolución o laudo por la que los árbitros, sin entrar en el fondo del asunto, se declaran incompetentes para el conocimiento de la controversia ante la falta de competencia o ante la ausencia o invalidez del convenio arbitral.

El laudo inhibitorio es, por tanto, la resolución en virtud de la cual el árbitro transmite la expresión más característica de sus facultades: la determinación de su propia competencia, bien de oficio, bien instancia de parte.

En dicho laudo inhibitorio, el árbitro no sólo se pronuncia sobre su propia competencia conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje española (LA), sino que también puede pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuestiones que pudieran impedir al tribunal entrar a conocer del fondo del asunto, como son, entre otras, la nulidad o caducidad del convenio arbitral.

Si la excepción sobre la competencia o validez del convenio arbitral se alega por una de las partes, ésta deberá ser puesta de manifiesto, no después de presentar la contestación a la demanda (art. 22.2 LA), so pena de entender que con la contestación se está produciendo la sumisión tácita de ésta.

Por tanto, el árbitro podrá decidir, en cualquier momento, sobre la continuidad o no del procedimiento, pudiendo dictar ese laudo inhibitorio en una fase muy inicial del mismo, o en el laudo definitivo. No obstante, la propia naturaleza del laudo, como expresión característica que afecta a la imposibilidad de continuar el procedimiento por cuestiones de fondo, hace recomendable que se dicte en un momento inicial o con posterioridad a la excepción expuesta por el demandado.

Como cualquier laudo, puede ser objeto de anulación mediante la correspondiente acción. Ahora bien, dicha acción de anulación carece de efectos suspensivos, de forma que cualquiera de las partes podrá iniciar el correspondiente procedimiento judicial mientras se tramita la acción de anulación.

Por tanto, el laudo inhibitorio puede ser el equiparado al auto por el que se declara la incompetencia de cualquier juzgado, bien de oficio en aplicación de la regla sobre su propia competencia o ante la inexistencia, caducidad o nulidad del convenio arbitral, o bien a resultas de las excepciones que plantee la parte demandada en el arbitraje.

(Autor: Vicente Roldán Martínez. Abogado).

Referencias bibliográficas: Monserrat Quintana, A. «Los árbitros, nombramiento, recusación y competencia». *La Ley*. Práctica de tribunales n.º 14, Sección de Estudios, 2005. Cucarella Galiana, L.A. «El procedimiento arbitral». Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004. Gisbert Pomata, M. «De la competencia de los árbitros». En Hinojosa Segovia, R. (coord.). «Comentarios a la nueva ley de arbitraje». En *Grupo Difusión*, 2004.

Vocablos conexos: Competencia sobre la competencia. Declinatoria de jurisdicción. Jurisdicción y competencia arbitral. Laudo.

Laudo parcial

Un laudo parcial es aquella decisión arbitral, vinculante para las partes, que se dicta para resolver de forma individualizada una cuestión concreta dentro de las que se han sometido a arbitraje. Al igual que un laudo global, el laudo parcial es definitivo y contiene una decisión invariable e inalterable, desplegando los mismos efectos de cosa juzgada y ejecutabilidad que un laudo final. Además, puede ser revisado únicamente a través del ejercicio de la acción de anulación.

Entre las cuestiones que los árbitros suelen resolver habitualmente mediante laudo parcial, están aquéllas relativas a su propia competencia, como son la existencia o no del convenio arbitral, la validez o invalidez de la cláusula de sometimiento a arbitraje o la extensión de la misma a personas distintas de las firmantes. Además, los árbitros también pueden utilizar el laudo parcial para resolver la solicitud de medidas cautelares efectuada por alguna de las partes.

Distintos de los laudos parciales son los denominados «laudos interlocutorios», que son resoluciones provisionales que van dictando los árbitros sobre cuestiones de mera ordenación del procedimiento arbitral y que no producen efectos de cosa juzgada, ni son ejecutables o anulables. Sin embargo, estas decisiones sí resultan obligatorias para las partes, puesto que van encaminadas a avanzar en el proceso en busca de una solución definitiva a la controversia.

En todo caso, no debe confundirse la parcialidad en la resolución arbitral (que se da cuando se resuelve sólo algún punto controvertido, pero no otros; bien por omisión o por inarbitrabilidad), con la multiplicidad de resoluciones arbitrales que, si bien son parciales, en su conjunto ofrecen la respuesta completa a la controversia.

A pesar de que la Ley Modelo Uncitral no recoge expresamente la facultad de los árbitros para decidir la controversia mediante varios laudos parciales, existen otra serie de normas nacionales e internacionales que sí contemplan específicamente esta posibilidad.

Así, en el ámbito del Derecho español, la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje de 2003, destaca en su apartado vii el reconocimiento legal de la posibilidad que tienen los árbitros para dictar laudos parciales, que podrán versar sobre alguna cuestión de fondo de la controversia o sobre otros aspectos, como la competencia de los árbitros o las medidas cautelares, señalando, además, que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo global y su contenido es invariable.

Por su parte, el art. 37.1 de la Ley de Arbitraje reconoce que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tienen la posibilidad de resolver la controversia que se les ha sometido, dictando un único laudo o varios laudos parciales.

Esta regulación que permite a los árbitros resolver la controversia mediante laudos parciales, es una novedad respecto a la anterior legislación arbitral de 1988, y su finalidad es contribuir a flexibilizar los procedimientos arbitrales. De hecho, tradicionalmente se había definido el término «laudo» como aquella resolución arbitral que ponía fin a las actuaciones arbitrales de modo definitivo, resolviendo sobre el fondo de la controversia, frente a las simples «resoluciones o decisiones arbitrales» para referirse a aquéllas de mero impulso del procedimiento o cuestiones accesorias. En cambio, actualmente, los árbitros pueden dictar laudos que no pongan fin a las actuaciones arbitrales de modo definitivo.

Por tanto, de la actual redacción del art. 37.1 y del apartado vii de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003, se desprende que la finalidad del legislador al introducir la figura del laudo parcial, es la de dividir la decisión de la controversia en varias partes parciales, que se pueden emitir en un mismo momento o sucesivamente a lo largo del tiempo. Si bien el legislador no busca dejar una parte de la controversia sin

resolver, los árbitros deberán abstenerse de entrar a conocer de cuestiones relativas a materias no disponibles o no sometidas a su decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que un laudo parcial estuviese incompleto, el mismo podría ser objeto de subsanación a través de los mecanismos que ofrece el art. 39 de la Ley de Arbitraje para resolver esa incongruencia *infra petitum*.

En todo caso, a los laudos parciales les resulta de aplicación, *mutatis mutandi*, la misma normativa que regula los requisitos de contenido y forma del laudo final (y que se encuentran recogidos en el art. 37 de la Ley de Arbitraje). Así, todo laudo deberá constar por escrito (actualmente, se admite con que esté en soporte electrónico), con indicación de la fecha y lugar en que fue dictado, firmado por los árbitros, y estar motivado (salvo acuerdo en contrario de las partes o que se trate de un laudo dictado en conformidad).

Los arts. 22 y 23 de la Ley de Arbitraje española son los que regulan el principio de *kompetenz-kompetenz* y la posibilidad de adoptar medidas cautelares por los árbitros, aunque no indican expresamente que la resolución que adopte el árbitro sobre estas materias, deba tener la forma de un laudo. Sin embargo, el hecho de que esos preceptos mencionen expresamente que la decisión del árbitro será susceptible de acción de anulación, confirma que el legislador estaba pensando en la figura de los laudos parciales para resolver estas cuestiones.

Otro ejemplo de decisiones que deberán adoptar la forma de laudo parcial, son las resoluciones sobre corrección, aclaración, complemento o extralimitación del laudo, que se regulan en el art. 39 de la Ley de Arbitraje. En este sentido, el propio apartado 4 de dicho precepto señala expresamente que a las resoluciones que adopten los árbitros sobre estas cuestiones, les resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 37 de la Ley (que, como ya se ha señalado, regula, precisamente, los requisitos de plazo, forma, contenido y notificación del laudo).

En el ámbito del Derecho comparado, el primer antecedente de los laudos parciales lo encontramos en el art. 32 del *Concordat* Suizo de 1969, que permitía al tribunal arbitral resolver la controversia por medio de varias «sentencias», salvo acuerdo en contrario de las partes.

En el mismo sentido, los reglamentos de las principales cortes de arbitraje españolas hacen mención expresa a esta facultad de los árbitros. Por ejemplo, el art. 39.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; el art. 37.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; el art. 29.1 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; o el art. 39 del Reglamento de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia. En cambio, sorprendentemente, el art. 19 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona señala que, salvo que el propio TAB lo autorice, los árbitros no podrán dictar laudos parciales.

En el ámbito internacional, distintas instituciones arbitrales de reconocido prestigio, también incluyen en los textos de sus reglamentos de arbitraje, la posibilidad que tienen los árbitros para resolver la controversia que se les ha sometido mediante tantos laudos parciales como deseen. Así, el art. 26.7 de las «*Arbitration Rules of London Court of International Arbitration*» o el art. 43 b) de las «*Commercial Arbitration Rules of American Arbitration Association*».

Además, la reciente modificación del Reglamento de Arbitraje de la CCI (vigente desde el 1 de enero de 2012), ha supuesto la inclusión de una mención expresa a la facultad de los árbitros para dictar laudos parciales. Así, el apartado (v) del art. 2 del Reglamento, define el término «laudo» como aquél que hace referencia, entre otros, a un laudo interlocutorio, parcial o final. Asimismo, en el apéndice IV del Reglamento sobre «Técnicas para la conducción del caso», se indica que en aras de llevar un control apropiado del tiempo y los costes del arbitraje, los árbitros están facultados para «bifurcar el procedimiento o dictar uno o más laudos parciales sobre cuestiones claves, cuando hacerlo pueda genuinamente esperarse que resulte en una más eficiente resolución del caso».

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, y Claudia Velasco Papineschi. Asociada de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

Referencias bibliográficas: Hinojosa Segovia, R. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Grupo Difusión, 2008. Martín Muñoz, A. *Comentario a la ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.468. Yáñez Velasco, R. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 391. González Soria, J. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 337. *AA.VV. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Collantes González, J. (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011. Páginas web: www.iccwbo.org; www.lcia.org; www.adr.org.

Vocablos conexos: Laudo final. Competencia sobre la competencia. Medidas cautelares.

Laudos arbitrales en el Mercosur

Mercosur es el acrónimo con el que se conoce a la organización internacional denominada Mercado Común del Sur. El Mercosur se creó mediante el tratado adoptado en Asunción el 26 de marzo de 1991, para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Posteriormente, el 4 de julio de 2006 se adoptó en Caracas, el Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur. Este Protocolo aún no ha entrado en vigor, ya que falta la ratificación de Paraguay.

Para lograr la pretendida integración económica entre los Estados miembros del Mercosur, su Derecho combina instrumentos jurídicos propios del Derecho internacional (tratados internacionales, protocolos, declaraciones, etc.) y del Derecho comunitario (normas propias obligatorias que emanan de los órganos decisorios del Mercosur, recomendaciones no obligatorias de los órganos auxiliares, etc.) e incluso acuerdos de concertación social celebrados a nivel regional.

Para la solución de las controversias relativas al Derecho del Mercosur, el Anexo III del Tratado de Asunción creó un «sistema de solución de controversias» que, aunque se ha revisado en distintas ocasiones (Protocolo de Brasilia de 17 de diciembre de 1991, para la solución de controversias en el Mercosur; Protocolo de Ouro Preto de 1994, sobre la estructura institucional del Mercosur; Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 para la solución de controversias en el Mercosur), todavía no es el anunciado «sistema permanente de solución de controversias para el Mercosur».

En el momento presente, el sistema de solución de controversias se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos, que entró en vigencia el 1 de enero de 2004, y en su Reglamento, que fue aprobado por la Decisión n.° 37/03 del Consejo de Ministros del Mercosur. Los procedimientos de solución previstos en el Protocolo de Olivos, se aplican siempre que se decida no someter una controversia sobre el Derecho del Mercosur al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros sistemas preferenciales de comercio, de los que sean parte individualmente los Estados miembros del Mercosur.

En este caso, las controversias sobre el Derecho del Mercosur podrán someterse a tres procedimientos de solución consecutivos en el tiempo. En primer lugar, con carácter obligatorio, las partes en una controversia sobre el Derecho del Mercosur deben intentar solucionarla mediante negociaciones directas que no podrán exceder del plazo de quince días. Si al término de este plazo no han logrado una solución mutuamente aceptable, podrán recurrir a la intervención del Grupo Mercado Común (GMC). La intervención del GMC tiene carácter voluntario, puesto que se requiere del consentimiento de las dos partes en la controversia; en caso contrario, una parte, unilateralmente, puede recurrir directamente al arbitraje. Si las dos partes en la controversia han solicitado la intervención del GMC, entonces, en un plazo no superior a treinta días, el GMC deberá evaluar la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia, de exponer sus respectivas posiciones y pudiendo, cuando lo considere necesario, requerir el asesoramiento de expertos. El GMC deberá formular recomendaciones expresas y detalladas tendentes a la solución de la controversia.

El tercer procedimiento consiste en la sumisión de la controversia al arbitraje. El arbitraje en el Mercosur es un arbitraje de Derecho internacional público, en el que sólo pueden actuar como demandantes y demandados los Estados miembros del Mercosur. Es un procedimiento de solución de controversias de carácter jurisdiccional que, en primera instancia se planteará ante un tribunal arbitral *ad hoc*, y cuyo laudo arbitral (*arbitral award*) se podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Ambos tipos de tribunales arbitrales tienen competencia automática, ya que no se exige de los Estados miembros del Mercosur que realicen declaración alguna reconociendo su jurisdicción. En ambos casos, los laudos arbitrales representan una solución de la controversia que tiene carácter obligatorio y está fundada en Derecho.

En las negociaciones del Protocolo de Olivos, se hizo hincapié en todo momento en la necesidad de perfeccionar la etapa posterior al pronunciamiento del laudo arbitral y, en concreto, los temas del cumplimiento de los laudos y de la cuantía de las medidas compensatorias. Estos temas han quedado regulados en los capítulos VIII («Laudos arbitrales») y IX («Medidas compensatorias») del Protocolo de Olivos, tanto por lo que se refiere a los tribunales arbitrales *ad hoc*, como por lo que se refiere al TPR.

En lo que se refiere a la adopción de los laudos, tanto los laudos del tribunal arbitral *ad hoc*, como los del TPR, se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscritos por el Presidente y los demás árbitros (art. 25). La-

mentablemente, en nuestra opinión, se impide a los árbitros el formular votos en disidencia. La exigencia a los árbitros de guardar la confidencialidad de la votación se mantiene y se extiende, incluso, a las deliberaciones.

Los arts. 26 y 27 versan sobre la obligatoriedad de los laudos y la obligatoriedad de su cumplimiento, aspectos que caracterizan al arbitraje internacional. Se puede afirmar que el Protocolo de Olivos ha mejorado la técnica legislativa anterior, al unificar estas disposiciones en lugar de repetirlas en los capítulos dedicados, respectivamente, a los tribunales arbitrales *ad hoc* y al TPR. El art. 26.1 afirma que los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* son obligatorios para los Estados parte en la controversia, a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada a partir del término del plazo previsto para interponer el recurso de revisión (*application for appeal*), si no se hubiera ejercido esta opción. Por su parte, los laudos del TPR son inapelables, es decir, definitivos; y, en consecuencia, desde su notificación a los Estados parte en una controversia, son obligatorios y tendrán para ello, fuerza de cosa juzgada. Cabe, respecto de ambas clases de laudos, la posibilidad de interponer un recurso de «aclaratoria», expresión equivalente a la más conocida como recurso de «interpretación» (*application for interpretation*), aunque se ha de señalar que no se ha previsto la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión (*application for revision*).

Una vez los laudos adquieren fuerza de cosa juzgada, deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados.

Cabe realizar dos precisiones importantes a esta afirmación. En primer lugar, se establece que «la adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado miembro de su obligación de cumplir el laudo» (art. 27). Con ello, se insiste una vez más en la idea de que los laudos son de obligado cumplimiento y que no se pueden sustituir por la imposición unilateral de medidas compensatorias, cuya vigencia tendrá necesariamente un carácter temporal si el laudo no se cumple en el plazo previsto, y en tanto no se proceda a su cumplimiento. En segundo lugar, se ha de señalar que el recurso de «aclaratoria» previsto en el art. 28, faculta a cualquier Estado parte en una controversia a solicitar, respecto del laudo del tribunal arbitral *ad hoc* o del TPR, en los quince días siguientes a su notificación, una «aclaración» que puede referirse tanto al contenido del laudo como a la forma en que el laudo deberá cumplirse. Este recurso de «aclaratoria» deberá, a su vez, ser resuelto en un plazo máximo improrrogable de quince días.

Con estas precisiones, cabe afirmar que, salvo que en los laudos del tribunal arbitral *ad hoc* o del TPR se establezca un plazo distinto, el plazo para su cumplimiento es de treinta días siguientes a la fecha de su notificación. La obligación de cumplir el laudo en el plazo previsto, se acompaña de una obligación de comportamiento, consistente en que el Estado miembro obligado a cumplirlo, deberá informar a la otra parte en la controversia, así como al GMC, sobre las medidas que adoptará para cumplirlo dentro de los quince días contados desde su notificación (art. 29.3).

Una novedad importante del Protocolo de Olivos consiste en su intento de someter a control jurisdiccional las divergencias que puedan surgir acerca de si un laudo arbitral se ha cumplido o no. Si el Estado beneficiado por el laudo, entiende que las medidas adoptadas por la otra parte no dan cumplimiento al mismo, dispone de un plazo de treinta días desde la adopción de tales medidas para llevar la situación a la consideración del tribunal arbitral *ad hoc* o del TPR que dictó el laudo. El tribunal que corresponda dispondrá, a su vez, de un plazo de treinta días para dirimir estas cuestiones (art. 30.1 y 2).

Nada se indica, sin embargo, acerca del plazo en el que las partes en la controversia deberán ajustar su conducta al nuevo pronunciamiento del tribunal, ni de lo que ocurre en caso de que no se proceda de esta forma.

Llama también la atención la previsión contemplada en el art. 30.3, pues si para este tipo de controversias «no fuera posible convocar al tribunal arbitral *ad hoc* interviniente, se conformará otro con el o los suplentes necesarios mencionados en los arts. 10.2 y 10.3». Esta previsión resulta correcta, aunque no se entiende el porqué de su alcance limitado, ya que no se ha regulado algo similar para el caso de que lo que no se pudiera convocar, por las razones que fuera, sea a los mismos árbitros que integraron el TPR.

(Autor: Valentín Bou Franch, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia. OrcidId: 0000-0002-4046-6337).

Referencias bibliográficas: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el Mercosur». En Bou Franch, Valentín (coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el Mercosur». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El*

Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

Vocablos conexos: Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio. Arbitraje interestatal. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Medidas compensatorias en el Mercosur. Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur.

Lex contractus

1. Introducción y noción general

1.1. Internacionalidad del contrato

Lex contractus es una locución latina que hace referencia a la ley aplicable a un contrato específico. En el ámbito del Derecho doméstico, descifrar cuál es la *lex contractus* es muy sencillo, ya que éste sólo se ve relacionado con un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en los contratos internacionales la situación es distinta. En estos casos estamos frente a actos jurídicos que se encuentran relacionados con más de un ordenamiento jurídico, y no siempre resulta fácil determinar cuándo estamos frente a un contrato internacional. Lo anterior se debe, en especial, a que en el Derecho internacional privado no hay acuerdo respecto a los criterios utilizados para diferenciarlos de los contratos internos, por lo que se han aplicado diversos criterios económicos y jurídicos.

Según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994 - Cidip v (art. 1), un contrato es internacional «cuando la residencia habitual o el establecimiento de las partes se ubica en territorios de Estados parte diferentes o el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte». En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (art. 1) considera internacional el contrato cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

Por su parte, el Reglamento (CE) n.° 593/2008, ha previsto normas (art. 3.3) para evitar la internacionalización artificial de contratos internos objetivamente vinculados con un solo país, que puedan conllevar situaciones de «fraude a la ley internacional». Si bien no impide la elección de la ley de otro país, salvaguarda la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del Estado con el que el contrato está objetivamente vinculado, de tal manera que se respete la «autoridad de la ley» de dicho Estado y se garantice el control del Estado sobre los efectos que los contratos objetivamente vinculados con dicho país, producen en el mercado y en la sociedad de tal país. El objetivo es impedir que las partes vinculen artificialmente un contrato en principio interno, con otro país, a efectos de evitar la aplicación de la ley del país en el que el contrato surte sus efectos sustanciales.

Más allá de la diversidad de criterios empleados, podemos afirmar que la presencia de un elemento extranjero relevante, marca la internacionalidad del contrato, pues es éste quien lo vincula con dos o más ordenamientos jurídicos.

1.2. Determinación de la ley aplicable al contrato

Existen dos corrientes distintas sobre la manera de determinar la ley aplicable a un contrato:

a. La primera señala que la *lex contractus* puede ser elegida libremente por las partes, reconociendo así el principio *lex voluntatis,* consagrado por las normas de conflicto del foro. En este marco, la voluntad de las partes es el factor de conexión principal, entrando el legislador a normar en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección de las partes.

b. La segunda descarta la autonomía de la voluntad y señala que la *lex contractus* debe ser determinada a través de las reglas de conflicto del foro, elaboradas por el legislador en base a criterios de conexidad entre el negocio y la norma que lo regula. Esto ha llevado usualmente a fijar como *lex contractus* la ley del lugar de ejecución o la ley del lugar de celebración del contrato.

   De las dos corrientes antes descritas, la más seguida es la primera. Claro está que las legislaciones han incorporado variantes de esta corriente:

c. Voluntad expresa o tácita: Existen cuerpos legislativos como el Convenio de Roma de 1980 (art. 3) y el Reglamento (CE) n.° 593/2008, que lo sustituye (art. 3), que permiten que la elección de las partes respecto de la ley aplicable, sea hecha de manera expresa o resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso; mientras que otras legislaciones como el Código Civil peruano de 1984 (art. 2095), exigen que la elección sea expresa; y, por tanto, indubitable. Más allá de las diferencias en las fórmulas contempladas por los textos normativos (elección expresa, tácita o implícita), la exigencia fundamental es que la elección sea clara, inequívoca y plenamente cierta.

d. Variabilidad de la ley: Algunos cuerpos normativos, como el Reglamento CE (art. 3.2), la Cidip v (art. 8) y la ley japonesa de Derecho Internacional Privado n.° 78/2006 (art. 9), reconocen la facultad de las partes de variar la ley aplicable al contrato; no obstante prescriben que el cambio realizado por las partes no podrá afectar la validez formal del contrato, ni perjudicar los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior.

e. Pluralidad de leyes: Otros cuerpos legislativos, como el Reglamento CE (art. 3.1) y la Cidip v (art. 7), permiten seleccionar más de una ley aplicable, pero a distintas partes del contrato (también conocido como *dépeçage*. A tal efecto, debe entenderse por «parte del contrato», una sección del mismo con autonomía jurídica y económica que es separable del resto y que, por tanto, puede someterse a un Derecho distinto sin perjudicar el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a otra ley estatal diferente.

f. Factores subsidiarios: Los cuerpos normativos también difieren respecto a los factores subsidiarios. Por un lado, encontramos legislaciones, como la peruana (art. 2095 del CC) y argentina (art. 1209 y 1210 del CC), que imponen determinados factores de conexión a ser usados por las autoridades jurisdiccionales en todo tipo de contratos ante el silencio de las partes (lugar de cumplimiento del contrato y lugar de celebración del mismo). También tenemos textos normativos de fuente internacional como el Reglamento CE (art. 4) que consagran factores de conexión subsidiarios diferenciados por tipo de contrato; por otro lado, existen cuerpos normativos como la Cidip v (art. 7) y la Ley japonesa n.° 78/2006 (art. 8.1) que dejan en manos del juez la determinación de la *lex contractus*, en base a la ley que éste considere tiene vínculos más estrechos con el contrato.

g. Limitaciones a la voluntad: Hoy en día persisten aún algunas limitaciones vinculadas con el alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable, siendo las más importantes: aquéllas que defienden el respeto de las normas de policía o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori,* como por ejemplo, las normas del Derecho del trabajo; y la no contravención del orden público internacional, pudiendo el juez rechazar la aplicación de la ley elegida y aplicar en su lugar la ley de foro. Esto se fundamenta en la defensa que hace el juez de los principios fundamentales de la *lex fori.*

1.3. Nuevos desafíos planteados por algunos contratos especiales

El DIPr se enfrenta hoy a nuevos desafíos, uno de los cuales consiste en determinar cuál es la ley aplicable al contrato y los límites de la ley elegida por las partes contratantes cuando éstas no están en situación de igualdad. Éste es el caso de cierto tipo de contratos especiales como los de trabajo y de consumo, donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger. Ello ha llevado a cuestionar, e incluso a suprimir la voluntad como factor de conexión principal, y a condicionar su participación a no privar a la parte débil del contrato de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, tales como el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor para los de consumo.

La conexión objetiva destrona así a la voluntad como conexión principal, salvo cuando la ley elegida hubiera recaído en una ley más favorable a la parte débil; ello implica para el juez una tarea de comparación de normas, entre la elegida por las partes y las establecidas por las conexiones imperativas.

Diversos cuerpos legislativos modernos, tales como el Convenio de Roma (arts. 5 y 6), el Reglamento CE que lo sustituye (arts. 6 y 8) y otras normas modernas de DIPr, como la Ley japonesa n.° 78/2006 (arts. 11 y 12), contienen normas de conflicto especiales para los contratos de trabajo y de venta a consumidores, para contrarrestar el riesgo de que el empleador y el empresario impongan la ley aplicable.

Ahora bien, todo lo anteriormente señalado parte de un mismo presupuesto: que estamos ante un caso de DIPr a ser resuelto por un juez o tribunal de un foro específico y no por un árbitro. Pero esto no quiere decir que el concepto de *lex contractus* no sea aplicable al arbitraje internacional. Como veremos a continua-

ción, éste ha sido adaptado para encajar en aquellos casos en los que nos enfrentemos a un contrato cuyas controversias han de ser resueltas a través del arbitraje.

2. Lex conctractus y arbitraje internacional

Muchos contratos, en especial los internacionales, han previsto cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias. Estos contratos pueden separarse en dos grupos:

a. Aquéllos en los que las partes han elegido de manera expresa una *lex contractus* o ésta resulta de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

b. Aquéllos en los que las partes no han elegido expresamente una *lex contractus* y ésta además no resulta de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

De ocurrir un conflicto, una de las primeras cosas que deberán determinar los árbitros, es cuál es la *lex contractus* y si ésta ha sido válidamente elegida. Pero, a diferencia de los jueces nacionales, los árbitros internacionales no se encuentran vinculados a una *lex fori,* pues, como se sabe, éstos no tienen un foro.

La consecuencia directa para la *lex contractus*, es que desvincula a los árbitros de las normas de conflicto propias del DIPr que figuran en los Códigos Civiles o Leyes de DIPr de los Estados, habiéndose creado nuevas normas de conflicto en los textos de sus leyes y reglamentos de arbitraje que consagran nuevas fórmulas ante la falta de elección de las partes, respecto a la ley aplicable a su contrato. Éstas usualmente optan, ante el silencio de las partes, por conceder al tribunal arbitral la facultad de aplicar como *lex contractus* la ley que estime «apropiada» o aquélla que, a juicio de los árbitros, presente la conexión más estrecha con el litigio.

En el marco del arbitraje internacional, las partes no solamente eligen una *lex contractus* sino también escogen cuál va a ser la ley aplicable al arbitraje e incluso el Reglamento aplicable. Y en casi todos los cuerpos normativos que regulan el arbitraje internacional, sean de fuente internacional o de fuente interna, se pueden encontrar normas a través de las cuales se regula la *lex contractus,* las mismas que ponen siempre, en primer lugar, a la voluntad de las partes sin incluir excepción alguna.

Incluso en aquellas situaciones en las que no se haya elegido una ley o reglamento específico aplicable al arbitraje, será difícil que los árbitros no apliquen la *lex contractus* elegida por las partes, ya que implicaría ir en contra de la corriente mayoritaria existente en el arbitraje.

Ahora bien, en el caso de que las partes no hayan elegido la *lex contractus*, siguiendo la corriente mayoritaria plasmada en los cuerpos de arbitraje más importantes, la tendencia actual es dejar a los árbitros decidir cuáles van a ser los criterios para determinar la ley aplicable al fondo de la controversia. Al respecto, es importante resaltar que las leyes estatales suelen dar una mayor amplitud de elección a las partes cuando se trata de una disputa que ha de ser resuelta por arbitraje. En este marco, algunas leyes y reglamentos arbitrales autorizan a los árbitros a elegir normas no estatales. Así, éstos, ante el silencio de las partes, podrían incluso determinar que el caso se resuelva teniendo en cuenta la *lex mercatoria*.

Veamos el siguiente cuadro:

Ley/Reglamento	Voluntad de las partes	Sin voluntad de las partes
Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional	Art. 28: El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.	Art. 28: a. […] Si las partes no indican ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinan las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. b. El tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.
Ley de Arbitraje peruana (D.L. n.° 1071)	Art. 57: En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia.	Art. 57: a. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas. b. El tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional	Art. 21: Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia.	Art. 21: a. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. b. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta […] cualesquiera usos comerciales pertinentes.
Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional	Art. 33: El tribunal arbitral decidirá con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan acordado.	Art. 33: a. […] en ausencia de una elección de derecho, con arreglo a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha con el litigio. b. El tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.
Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid	Art. 21: Los árbitros resolverán con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan elegido.	Art. 21: a. […] en su defecto, con arreglo a las normas jurídicas que consideren apropiadas. b. Los árbitros […]tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.
Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres	Art. 22: El tribunal arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto.	Art. 22: En la medida en que se aprecie la inexistencia de elección por las partes de ley, leyes o normas aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley, leyes o normas que juzgue apropiadas.

3. ¿Qué opciones tienen las partes a la hora de elegir la **lex contractus** *aplicable a su contrato?*

Dado que la primera opción siempre la tienen las partes, es importante saber qué alternativas tienen éstas para elegir como *lex contractus.* Éstas son:

a. El Derecho de un Estado determinado.
b. Conjuntos normativos no estatales: *soft law.*
c. La *lex mercatoria.*

Clásicamente, las partes han elegido como *lex contractus* la ley estatal de un país determinado, como lo es el Derecho francés o el alemán o de un Estado federado, como el Derecho del Estado de Nueva York. El art. 3.1 del Convenio de Roma y del Reglamento CE que los sustituyó, consagraron esta alternativa al emplear el término «ley elegida por las partes», término que en principio está referido al ordenamiento jurídico de un Estado y no a otros materiales normativos que no son ni se integran en un ordenamiento jurídico estatal.

Ahora bien, gracias a la globalización, al desarrollo de los mercados internacionales y a la proliferación del arbitraje internacional, han aparecido dos nuevas alternativas para las partes.

3.1. Conjuntos normativos no estatales: **soft law**

Una segunda alternativa, que ha surgido en los últimos años, es la inclusión como *lex contractus* de uno o varios cuerpos normativos que forman parte del *soft law* a nivel internacional. De esta forma, las normas que contienen estos cuerpos pasan de ser *soft law* a ser *hard law* entre las partes. El ejemplo más emblemático son los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

No obstante, como señala Lagarde, existen otros conjuntos normativos que también podrían ser considerados como «aptos» para regular contratos internacionales. Éste es el caso, por ejemplo, de los *Principles of European Contract Law* –PECL– (1999). A la fecha, a diferencia de los Principios Unidroit, han sido elegidos

y aplicados en escasas ocasiones. Por ello, expertos cualificados en la materia, como MARRELLA, consideran que no sería aceptable equipararlos en calidad y proyección práctica con los Principios Unidroit.

La realidad es que actualmente, a pesar de los avances, se mantiene vigente el debate doctrinal sobre la «calidad» e idoneidad de estos cuerpos normativos no estatales para operar como *lex contractus,* siendo que hoy, en la práctica, los contratos exclusivamente sometidos a éstos son aún escasos. En un intento por incrementar el uso de cuerpos normativos no estatales, la Unión Europea (UE) está desarrollando un «Derecho europeo de contratos» o un «Código Civil europeo», llamado *Common Frame of Reference* (CFOR). El objetivo de la UE es ofrecer a las partes una buena y seria alternativa de cuerpos normativos no estatales, que éstas puedan usar como «ley aplicable a su contrato»; con la particularidad de que su contenido normativo estaría siendo elaborado por la misma UE y no en sedes jurídicas que podrían resultar poco fiables (Cons. 4 del Reglamento CE n.º 593/2008).

Al CFOR se le reconoce como un «set de herramientas puramente voluntario» (*the Toolbox*) para mejorar la calidad y la coherencia de la legislación comunitaria, que no contiene «un solo punto de vista» sobre las cuestiones jurídicas que aborda, sino diversos puntos de vista al respecto. No se trata de imponer una «visión europea» del Derecho de contratos, sino de respetar las diferentes perspectivas que son producto de la evolución jurídica de todos los Estados miembros.

3.2. La lex mercatoria

Una tercera alternativa, que también ha surgido en los últimos años, es la inclusión de la *lex mercatoria* como *lex contractus*. Esta alternativa determina que los árbitros deberán aplicar los principios y costumbres existentes en el comercio internacional surgidos de las prácticas internacionales elaboradas por los comerciantes transnacionales.

Comúnmente se reconocen, principalmente, cuatro fuentes de la *lex mercatoria*:

a. Los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional;
b. Los contratos tipo;
c. Las regulaciones dictadas en el marco de cada profesión; y
d. La jurisprudencia arbitral, en el campo del comercio internacional.

Un ejemplo interesante sobre la posibilidad de escoger como *lex contractus* un derecho no estatal, lo constituye la Ley chilena n.° 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional, la misma que consagra esta opción.

En efecto, el n.º 1 del art. 28, al designar como derecho aplicable las *normas de derecho* elegidas por las partes, no ha hecho sino reproducir el texto de la Ley Modelo de Cnudmi en esta materia y, con ello, los antecedentes del establecimiento de esta última son totalmente pertinentes. Al respecto, tales antecedentes (nota explicativa a la ley modelo) permiten afirmar que la referencia a «normas de derecho», implica la de designar no sólo normas contenidas en un ordenamiento estatal, sino también reglas de origen no estatal (no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional) como las elaboradas por órganos privados o la *lex mercatoria.*

En el mismo sentido, el art. 2, inciso 2 de la Ley de Arbitraje de Brasil de 1996 (Ley n.° 9307), permite que las partes convengan que el arbitraje se realice en base a los principios generales de Derecho, los usos y costumbres y las normas del comercio internacional.

3.3. ¿Qué tan usadas son las alternativas del soft law *y de la* lex mercatoria*?*

Según cifras ofrecidas por MAGNUS y MANKOWSKI, en el 2002, del total de contratos que dieron lugar a litigios fallados por el tribunal arbitral de la CCI, sólo el 0,8% de tales contratos se solventó mediante la aplicación de la «Nueva *Lex Mercatoria*» o de normativas que no eran «Leyes estatales».

4. Conclusiones

Hoy en día es ampliamente reconocido por los árbitros internacionales, que la voluntad de las partes es la regla que debe primar en la elección de la *lex contractus*. En el marco del arbitraje internacional, esta libertad no se limita solamente a la posibilidad de elegir el Derecho de un Estado, sino también permite a las partes elegir un cuerpo normativo que forma parte del *soft law* o elegir la *lex mercatoria*.

Además, también se acepta que sean los mismos árbitros quienes determinen, según su propio criterio, cómo llenar el vacío que dejan las partes que no eligen la *lex contractus,* principio recogido en la mayoría de cuerpos normativos sobre arbitraje.

(Autores: María Antonieta Delgado Menéndez y Milan Pejnovic Delgado.
Profesores de Derecho internacional privado y arbitraje de la
Pontificia Universidad Católica del Perú).

Referencias bibliográficas: Delgado Barreto, César, María Antonieta Delgado Menéndez y César Lincoln Candela Sánchez. *Introducción al Derecho internacional privado. Conflicto de Leyes-Parte General.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo i. Delgado Barreto, César, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez. *Introducción al Derecho internacional privado. Conflicto de leyes-Parte especial.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo ii. Delgado Barreto, César y María Antonieta Delgado Menéndez. «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional». En *Libro de homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi*, capítulo xxv, tomo iii. Lima: Palestra Editores. Carrascosa González, Javier. *Textos de Derecho internacional privado* © 2009. En: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.mastersdip.es%2Felearning%2Ftemario%2F1%2FPILaw%2520Texts%2520002%2520-%2520Ley%2520aplicable%2520contratos.doc&ei=mru6UbWxLarL0gHAk4GwCw&usg=AFQjCNE3VDV3S_i1TyAgnZzf5jMF4HIV-Q&sig2=3K40Y_JbxiBwFcsm4gsaaw. Aguirre Veloso, Patricio Andrés. «La determinación del Derecho aplicable al contrato en la Ley n.º 19.971 sobre arbitraje comercial internacional». *Revista Ius et Praxis*, 12 (1): 155 - 179, 2006. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100007&script=sci_arttext. Asami, Etsuko. «Los sistemas del Derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada». Tesis doctoral para optar el grado de doctor. Dirigida por José Carlos Fernández Rozas. Madrid: Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Rivera, Julio César. «Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto». En: http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje-Internacional-ley-aplicable-fondo-del-asunto.pdf.

Referencias normativas: Código Civil argentino (1869). Código Civil español de 1889. Código Civil peruano (1984). Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994 –Cidip v–. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980). Convenio de Roma (1980). Ley chilena de Arbitraje (2004). Ley de Arbitraje de Brasil (1996). Ley de Arbitraje peruana (D.L. n.° 1071/ 2008). Ley japonesa de Derecho internacional privado (n.° 78/2006). Ley Modelo de Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). *Principles of European Contract Law* –PECL– (1999). Reglamento CE (n.° 593/2008). Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

Vocablos conexos: Cámara de Comercio Internacional. Corte de Arbitraje de Madrid. *Forum Shopping*. Ley aplicable al arbitraje. *Lex fori*. *Lex mercatoria*. Ley Modelo Uncitral. Principios Unidroit sobre Contratos Mercantiles Internacionales.

Lex fori

1. Introducción y concepto general

La *lex fori*, también llamada en castellano «ley del foro», es la ley u ordenamiento propio del juez que va a resolver una controversia. De esta forma, los jueces de cada jurisdicción tienen una *lex fori*.

No obstante, la *lex fori* como concepto jurídico ha sido tradicionalmente utilizado por el Derecho internacional privado, hoy en día también tiene gran relevancia en el arbitraje internacional.

¿Cuál es dicha relevancia? Que la *lex fori* de un país, a través de las normas de orden público en Derecho internacional privado (en adelante, «DIPr») y de arbitrabilidad, puede influir en un arbitraje internacional en tres momentos distintos: 1) al inicio del proceso; 2) durante el proceso; y 3) una vez concluido el proceso.

2. **Lex fori** *y su influencia en el arbitraje internacional*

2.1. El rol de las normas de orden público en DIPr

Como ya se señaló anteriormente, uno de los dos tipos de normas que forman parte de la *lex fori* y que puede influir en un arbitraje internacional, son las normas de orden público en DIPr. El concepto de orden público en DIPr solamente comprende (o debería comprender) el núcleo de principios fundamentales que son la base del orden jurídico en causa, cuyo cumplimiento es tan importante que les permite descartar cualquier decisión arbitral que se le oponga. Por esa razón la doctrina, jurisprudencia y legislaciones ya no hablan de orden público, sino de «orden público en DIPr», mal llamado también «orden público internacional».

Este tipo de normas, también llamadas leyes de policía, buscan imponer políticas del ordenamiento jurídico del foro, funcionando como un filtro de la *lex fori* a la aplicación de la ley extranjera y a la ejecución de sentencias y laudos en función de su contenido. Ahora bien, el concepto de orden público en DIPr es uno que emana de una relación jurídica internacional, en la cual va a intervenir necesariamente un juez estatal, que tiene la obligación de salvaguardar, a través de la utilización de este concepto, ciertos principios del foro al que pertenece.

Distinto es el caso del arbitraje internacional, donde hablar del orden público es altamente complejo por la ausencia de una *lex fori* arbitral; el árbitro, a diferencia del juez estatal, no se debe al respeto de concepciones nacionales, sino al de las realmente internacionales. Pero, como veremos más adelante, el hecho de que un árbitro no se deba a una *lex fori*, no quiere decir que no se deban tener en cuenta las normas de orden público en DIPr a la hora de tomar su decisión.

2.2. El rol de las normas sobre arbitrabilidad

Cuando se habla de las normas sobre arbitrabilidad, es necesario precisar que existen dos tipos distintos: 1) normas sobre arbitrabilidad objetiva; y 2) normas sobre arbitrabilidad subjetiva.

La arbitrabilidad objetiva está relacionada con las materias que pueden ser resueltas a través de un proceso arbitral; mientras que la arbitrabilidad subjetiva está relacionada con las partes que pueden participar en un arbitraje.

La tendencia moderna a nivel internacional es:

1. Que los países cuenten con normas de arbitrabilidad objetiva que permitan que se arbitren materias de libre disposición y aquéllas permitidas por una ley o un tratado.

2. Que los países cuenten con normas de arbitrabilidad subjetiva que le permitan participar en un arbitraje, a toda entidad con personalidad jurídica privada y a aquellas entidades de personalidad jurídica pública (incluyendo al Estado) que la ley o un tratado se lo permita; y

3. Que los países no hagan distinciones de arbitrabilidad entre los arbitrajes nacionales y los arbitrajes internacionales.

Como se puede ver, al igual que las normas de orden público en DIPr, las normas sobre arbitrabilidad son también un filtro de la *lex fori,* sólo que en este caso este filtro sí ha sido elaborado de forma específica para ser aplicado al arbitraje.

2.3. La diferencia entre las normas de orden público en DIPr y las normas sobre arbitrabilidad

Muchas personas suelen equiparar las normas de orden público en DIPr a las normas sobre arbitrabilidad. Pero, hacer eso es un error, dadas las siguientes circunstancias:

a. Aun cuando, muchas veces las materias no arbitrables son de orden público, no siempre es así. Existen materias no arbitrables que no pertenecen al dominio del orden público en DIPr.

b. También hay materias que, aun siendo de orden público en DIPr, sí son arbitrables. Un claro ejemplo son los arbitrajes sobre expropiaciones. Algunos Estados autorizan que se arbitren las controversias derivadas del monto que se va a pagar por una expropiación (pero, no se puede discutir la procedencia de la expropiación en sí).

Por la razón anterior, las diferentes *lex fori* regulan de forma separada la violación al orden público y la inarbitrabilidad.

3. Influencia de la **lex fori** *en el arbitraje internacional*

La *lex fori* de un país, a través del orden público en DIPr y la arbitrabilidad, puede influenciar una decisión arbitral en tres momentos:

a) Inicio del proceso: Saber si las normas de una *lex fori* son susceptibles de influenciar la arbitrabilidad del asunto. Ésta es la etapa donde cabría la presentación de la excepción de incompetencia ante el juez estatal.

b) Durante el proceso: Saber (i) si los árbitros deben o pueden aplicar las leyes de policía; (ii) de cuáles leyes de policía se trata; y (iii) en qué condiciones deben ser aplicadas y bajo qué título.

c) Concluido el proceso: El momento del control de la validez del laudo; o de su reconocimiento o ejecución.

3.1. Influencia de lex fori *al inicio del proceso arbitral*

Uno de los cuestionamientos que puede darse en un arbitraje, es aquél relacionado con la arbitrabilidad de la controversia. Este cuestionamiento se puede presentar al inicio del proceso a través de la interposición de una excepción de incompetencia.

En la actualidad, el Derecho internacional y la mayoría de legislaciones reconoce que los tribunales arbitrales, a través del principio de *competencia-competencia (competence-competence)*, son los llamados a resolver las excepciones de incompetencia que alguna de las partes presente al inicio de un proceso. Más aún, en muchos casos, la ley de arbitraje lo señala de forma expresa.

Sin embargo, aún subsisten legislaciones que permiten a las partes presentar excepciones de incompetencia a jueces o tribunales estáticos. En estos casos, lo más probable es que los jueces utilicen su *lex fori* para resolver la cuestión de inarbitrabilidad, ya sea a través de las normas expresas de arbitrabilidad o a través de las normas de orden público en DIPr.

3.2. Influencia de la lex fori *durante el proceso arbitral*

Los tribunales arbitrales, al no ser parte de un órgano de un Estado determinado, no tienen intereses estatales que defender de manera prioritaria. De igual manera, tampoco cuentan con un foro, por lo que no se ven atados a ninguna *lex fori*. Todas las leyes son para ellos extranjeras. No tienen, por consiguiente, un sistema específico que defender. Su poder deriva de la investidura que les han conferido las partes; y, por tanto, se extiende y se limita al ámbito determinado por éstas.

No obstante lo anterior, los árbitros deben cuidar que sus decisiones, durante el proceso arbitral, tomen en cuenta las normas de orden público en DIPr que son parte de la *lex fori* de los Estados vinculados al arbitraje. Esto se debe a que el desconocimiento de estas normas puede generar la anulación o la denegatoria de exequátur, al mismo tiempo que la acusación de violación de su obligación de emitir un laudo ejecutable y eficaz.

De manera específica, las leyes a prestar atención, serían:

a) La del ordenamiento jurídico que regula el contrato materia del arbitraje (*lex causae* –elección por las partes–).

b) La de la ley que regula el convenio arbitral (elección de las partes).

c) Las del lugar de la sede del arbitraje.

d) Las del lugar de ejecución del laudo arbitral (*lex fori* del juez estatal que conoce del reconocimiento y ejecución del laudo).

3.3. Lex fori *y conclusión del proceso*

Una vez concluido un proceso arbitral pueden ocurrir cualquiera de las siguientes situaciones: a) que la parte perdedora presente un recurso de anulación; y b) que la parte vencedora busque ejecutar el laudo en uno o varios países.

3.3.1. Recurso de anulación

En estos casos, un juez o tribunal de la sede del arbitraje tendrá que determinar, ante la presentación de un recurso de anulación, si es que un laudo debe ser anulado. La tendencia moderna es limitar la utilización de

este recurso, por lo que las causales son taxativas y no deberían implicar, en ningún caso, una revisión sobre el fondo de la controversia.

Un caso interesante, que va en esa línea, es el de *Linde Aktiengesellschaft & Linde Hellas Ltd. (Linde) vs. Halyvourgiki*. En este caso, Linde interpuso, en el 2009, recurso de anulación por violación al orden público internacional frente a la Corte de Apelaciones de París, argumentando:

a. Que la interpretación llevada a cabo por el tribunal conduce a una limitación de la producción de oxígeno líquido en el mercado griego, que es en su naturaleza contraria al Derecho de la competencia, según la letra misma del Tratado de la Unión Europea.

b. Que lo anterior implica la existencia de una violación flagrante, efectiva y concreta del art. 81 del Tratado, el cual forma parte del orden público internacional.

La Corte de Apelaciones admitió el recurso de anulación, pero resolvió declarándolo infundado, señalando:

a. Que Linde nunca alegó este motivo frente a los árbitros durante el arbitraje.

b. Que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que según su reglamento verifica la validez de los laudos que le son sometidos como proyecto, no ha emitido ninguna observación al respecto.

c. Que el juez de la anulación no puede, bajo pena de desconocer el carácter final de la decisión de los árbitros sobre el fondo del proceso, llevar a cabo, en la ausencia de una violación manifiesta al orden público, un nuevo análisis de las estipulaciones contractuales o de su conformidad con las reglas de la competencia.

3.3.2. Reconocimiento y ejecución de laudos

En estos casos, un juez o tribunal del país donde un laudo busca ser ejecutado deberá determinar si éste se ajusta a su *lex fori* para así proceder a efectuar su exequátur. De la revisión de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y de las legislaciones modernas queda claro que se busca incentivar la ejecutabilidad de los laudos y que existe una presunción en favor de su reconocimiento. En ese sentido, las causales para denegar el exequátur, al igual que en el caso del recurso de anulación, son taxativas y no implican una revisión de fondo.

Un caso interesante de exequátur es el de *Drummond Ltd. vs. Ferrovías en Liquidación & Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A*. En este caso, las empresas demandadas se opusieron al exequátur del laudo que fue presentado ante las cortes colombianas, argumentando, entre otras cosas:

a. Que el laudo decidió sobre una controversia derivada de un contrato con el Estado, materia que es de jurisdicción exclusiva de las cortes colombianas, por lo que era un caso de inarbitrabilidad objetiva (art. v.2.a. Convención de Nueva York); y

b. Que el laudo iba en contra del orden público internacional, al violar normas imperativas colombianas (art. v.2.b. Convención de Nueva York).

El caso llegó hasta la Corte Suprema colombiana, la cual señaló, al pronunciarse respecto a estas dos alegaciones, lo siguiente:

a. Que la ley colombiana permite expresamente que las controversias derivadas de los contratos en los que participa el Estado, pueden ser resueltas a través de arbitraje, por lo que no habría un problema relacionado con la arbitrabilidad objetiva de la controversia; y

b. Que el concepto de orden público que puede permitirle a una corte evitar que se lleve a cabo el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, se limita a los principios básicos de las instituciones jurídicas. En ese sentido, la contravención de una norma imperativa del foro del juez que va a efectuar el exequátur no implica, *per se*, la violación del orden público internacional.

Como se ha podido ver, de las causales para permitir la anulación o evitar el exequátur, hay dos que tienen una relación estrecha con la *lex fori* de cada país. Éste es el caso de a) la inarbitrabilidad, y b) la violación al orden público.

4. Reflexiones finales

Muchas personas piensan que a través del arbitraje internacional se puede evitar la aplicación de la *lex fori* y que los árbitros sólo tienen que tomar en cuenta la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al arbitraje. Sin embargo, el no tomar en cuenta ciertas *lex fori,* como la de la sede del arbitraje y la de los países donde se buscaría ejecutar el laudo, puede determinar que el laudo sea anulado o imposible de ejecutar. Por tanto:

a. Los árbitros tienen un interés directo en evitar exponer sus decisiones al riesgo de anulación o denegatoria de su reconocimiento y ejecución, pues un laudo anulado o rechazado, pone en riesgo su reputación y amenaza su vigencia en la jurisdicción arbitral. Los árbitros, entonces, sí están interesados en evitar la vulneración intolerable de valores e intereses fundamentales protegidos por las leyes de policía vinculadas con su decisión.

b. Lo que debemos esperar del árbitro, es que adopte una decisión a conciencia, que sea defendible y satisfactoria desde el punto de vista de su coherencia lógica y jurídica; es decir, una solución que no desconozca sus obligaciones hacia las partes, ni los intereses de los Estados y que, por tanto, tome en cuenta y aplique las leyes de policía que tengan una vinculación suficientemente significativa y objetiva con los asuntos litigiosos y un título razonable para ser aplicadas.

c. La aceptación del arbitraje depende, en gran parte, de la confianza que éste inspire en su capacidad de aplicar de una manera profesional y correcta, los principios fundamentales de los Estados vinculados a sus decisiones. Ello nos lleva a concluir que resulta fundamental buscar un equilibrio entre los intereses de orden público y los intereses del arbitraje, pues éste no puede vivir fuera o al margen de los sistemas jurídicos nacionales; y, por consiguiente, sin su aceptación total, de lo contrario se pone en riesgo la validez y eficacia de los laudos en el plano internacional.

(Autores: María Antonieta Delgado Menéndez y Milan Pejnovic Delgado.
Profesores de Derecho internacional privado y arbitraje de la
Pontificia Universidad Católica del Perú).

Referencias bibliográficas: Betancourt, Julio César. «Libertad de contratación, orden público y sus repercusiones en el marco de la arbitrabilidad». *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com. Delgado Barreto, César, María Antonieta Delgado Menéndez. «Incidencia del orden público en la decisión arbitral». En *Libro de homenaje al doctor Fernando Vidal Ramírez*. Lima: Palestra Editores. Fadlallah, Ibrahim. *L'Ordre Public dans les Sentences Arbitrales*. R. de C., 1994, tome 249. *Drummond Ltd. vs. Ferrovías en Liquidación & Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A.*

Referencias normativas: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), entrada en vigor el 7 de junio de 1959. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, entrado en vigor desde el 12 de junio de 1985.

Referencias jurisprudenciales: *Drummond Ltd. vs. Ferrovías en Liquidación & Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A.* Corte Suprema de Justicia Colombiana, expediente n.° 1100102030002008-01760-00, 19 de diciembre de 2011. Laudo CCI, dictado en las siguientes fechas: 1) Laudo Parcial-25 de julio de 2005; 2) Laudo Final-10 de junio de 2006. *Linde Aktiengesellschaft & Linde Hellas Ltd. (Linde) vs. Halyvourgiki.* Corte de Apelación de Perís (Sección 1.ª, Sala 1.ª), 22 de octubre de 2009. Laudo CCI n.° 14023/AVH), dictado el 25 de junio de 2007.

Vocablos conexos: Arbitrabilidad. Competencia sobre la competencia. Ejecución de laudos. Exequátur. Ley aplicable al arbitraje. *Forum Shopping*. *Lex contractus*. Orden público. Sede del arbitraje.

Lex mercatoria

La llamada «nueva *lex mercatoria*» es el conjunto de principios y normas transnacionales de origen consuetudinario y naturaleza espontánea, de aceptación general en todos, o casi todos los Estados que participan en el comercio internacional. Denominada también «ley de los comerciantes», ya que es creada por y para ellos, refleja las costumbres, prácticas y usos del comercio internacional. Constituye un sistema de Derecho comercial autónomo o supranacional en el sentido de que existe separadamente de los ordenamientos nacionales.

Las fuentes de la *lex mercatoria* son los usos, costumbres y prácticas del comercio internacional, la jurisprudencia arbitral, la doctrina internacional, las leyes uniformes, los principios generales del comercio internacional, las convenciones internacionales vigentes y no vigentes y las condiciones generales de contratación, entre otras. No existe consenso en la determinación de su contenido concreto, la complejidad estriba en que se trata de un trabajo dinámico e incierto debido a que los principios y normas que la componen están en constante evolución.

No hay una lista definitiva en este sentido, sino una serie de compilaciones abiertas que constituyen una progresiva codificación y que en la mayoría de los casos se complementan entre sí. A pesar de la incertidumbre que rodea al contenido de la *lex mercatoria*, son significativas para su determinación las compilaciones realizadas por las diferentes organizaciones comerciales, las convenciones internacionales y la jurisprudencia arbitral. Cabe destacar la Convención de Viena de 1980, la Convención de La Haya de 1954, los Principios Unidroit y las modalidades de contratación de origen consuetudinario, como los *Incoterms*.

La *lex mercatoria*, en principio, puede aplicarse en los supuestos siguientes. En primer término, cuando el contrato está gobernado por una ley nacional, pero es imposible encontrar una regla aplicable a una cuestión específica; es decir, para subsanar lagunas legales cuando la ley elegida no es suficiente para regular todo o parte del contrato. Asimismo, cuando las partes la designan explícita o implícitamente como ley aplicable al fondo de la controversia. La elección de la *lex mercatoria* como ley substantiva aplicable, no se acepta con carácter general. No obstante, existe una clara tendencia favorable.

Finalmente, ciertos ordenamientos autorizan su aplicación cuando la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional.

En cualquier caso, la *lex mercatoria* constituye un complemento del Derecho aplicable y un valioso instrumento de adaptación e interpretación de los Derechos nacionales y las convenciones internacionales a las necesidades del comercio internacional.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD. «Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules», 1995, 10 Icsid Review, n.º 208. CARBONNEAU. *Lex Mercatoria and Arbitration* (*JurisNet LLC*, 1998). BERGER, *International Economic Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2003. LANDO. «The Law Applicable to the Merits of the Dispute». *Arbitration International*, vol. 2, Issue n.º 2, 1986. LOWENFELD. «*Lex Mercatoria*: An Arbitrator's View». *Arbitration International*, vol. 6, n.º 2, 1990, pp. 133 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: ARMONIZACIÓN. CNUDMI/UNCITRAL. DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO. USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES.

LEY APLICABLE AL ARBITRAJE

El Derecho o ley aplicable al arbitraje (también llamada *lex arbitri*) regula las características del mismo como procedimiento de resolución de controversias. Básicamente, dicha ley regula la validez del consentimiento arbitral, la arbitrabilidad de la controversia, el nombramiento de árbitros y su competencia (por ejemplo, la posibilidad de dictar medidas cautelares sin necesidad de acudir a un tribunal ordinario), las fases del proceso, el Derecho aplicable al fondo, la obligatoriedad del laudo, su nacionalidad, los posibles recursos o acciones frente al mismo y las funciones de tutela y apoyo de los tribunales ordinarios. Dichas funciones, en concreto, son: nombramiento judicial de árbitros, asistencia en la práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa de laudos o decisión sobre las acciones de nulidad. Estas funciones pueden estar reguladas en una ley de arbitraje (como la Ley española de Arbitraje) o en una ley procesal general (como la Ley de Enjuiciamiento Civil española). Además, la *lex arbitri* será la encargada de indicar las normas de conflicto de leyes o el procedimiento para la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto, así como la posibilidad de decidir sobre el fondo en equidad o de acuerdo a Derecho.

Mientras que la *lex arbitri*, en ocasiones, se limita a disponer los principios básicos del procedimiento arbitral, el reglamento arbitral elegido por las partes describirá con más detalle las cuestiones procedimentales como el intercambio de escritos y la forma de los mismos, la aportación de pruebas, el interrogatorio de testigos y peritos, etc. La *lex arbitri* también puede, a veces, regular con precisión estos particulares, pero su aplicación será subsidiaria respecto a lo dispuesto por el reglamento arbitral elegido, excepto en aquellos

puntos en los que la *lex arbitri* sea imperativa. La aplicación de la ley es subsidiaria porque la propia ley permite a las partes convenir libremente el procedimiento arbitral, lo que éstas hacen al escoger un reglamento.

La ley nacional aplicable al arbitraje (*lex arbitri*), en el arbitraje comercial internacional, viene determinada por el país sede del arbitraje, de manera que a un arbitraje con sede en Francia le es de aplicación la ley de arbitraje francesa. La sede es un concepto jurídico que no ha de coincidir con el lugar o lugares donde tengan lugar las vistas o reuniones de las partes con el tribunal. Dichas vistas o reuniones pueden tener lugar en varios lugares, elegidos por motivos logísticos o de conveniencia o, inclusive, pueden tener lugar en varios lugares a la vez, en el caso de videoconferencias o *conference calls*. Por otro lado, una ley nacional también puede ser aplicable a un arbitraje, aunque la sede del mismo no haya sido el Estado que dictó dicha ley. Ejemplos de ello pueden ser normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros o sobre la obtención de pruebas para arbitrajes que se sustancian en otros países.

La cuestión de si un arbitraje con sede en un país determinado puede estar sujeto a la ley de arbitraje de otro país distinto, es difícil de responder, pero no se plantea en la práctica.

En lo referente a la ley aplicable a los arbitrajes de inversiones o arbitrajes mixtos, está claro que los arbitrajes iniciados al amparo de tratados internacionales como el Convenio Ciadi (Centro Internacional de Arreglo de Controversias relativas a Inversiones), del Tlcan (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o de la ECT (*Energy Charter Treaty*), están regulados en su totalidad por dichos tratados y el Derecho internacional general, de manera que el lugar material donde tienen lugar, no es relevante.

En los arbitrajes a los que se aplique el Reglamento del Mecanismo Complementario sí son aplicables las normas nacionales de la sede del arbitraje sobre nulidad de laudos. Para los arbitrajes de inversiones *ad hoc* o sujetos a reglamentos arbitrales de instituciones arbitrales privadas, Mann entiende que la ley «procesal» aplicable, es la ley nacional de la sede del arbitraje, aunque en dos importantes laudos (*Aramco* y *Topco*), los árbitros consideraron que el Derecho aplicable al procedimiento era el Derecho internacional público. Schwebel entiende que la ley aplicable al arbitraje será la que las partes pretendan que se aplique, como también permite la resolución de 1989 del *Institut de Droit International*.

En estos arbitrajes *ad hoc* o sujetos a reglamentos de instituciones arbitrales privadas, pero en los que una de las partes es un ente soberano, surge la duda de si el arbitraje no debería estar sujeto al Derecho internacional público, para que un Estado, el de la sede, ejerza su jurisdicción sobre otro Estado, violando así el principio *par in parem non habet jurisdictionem*. Éste fue el razonamiento que hizo el tribunal en el arbitraje *Aramco*. Sin embargo, se le puede dar la vuelta a este argumento y preguntarnos si el Estado de la sede del arbitraje daría su permiso para que un arbitraje (un acto *cuasi*-jurisdiccional, en palabras del Tribunal Constitucional español) con sede en su país, esté sometido al Derecho internacional público; y, por tanto, escape a la aplicación de sus normas, incluso las imperativas y de orden público.

Asimismo, habría que diferenciar entre arbitrajes en los que se juzga una acción que se sitúa dentro de las potestades soberanas del Estado y arbitrajes de contenido comercial. En los casos en los que el arbitraje tuviera contenido comercial, sería más fácil entender que el Derecho internacional público no es aplicable al arbitraje, del mismo modo que se suele denegar la inmunidad de jurisdicción para los actos *iure gestionis*.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

Referencias bibliográficas: Redfern, A. *et al*. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. Schwebel, S.M. «The Law Applicable in International Arbitration: Application of Public International Law». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. La Haya: ICCA Congress Series, 1996, n.º 7. Mann, F.A. «State Contracts and International Arbitration». *British Yearbook of International Law*, 1967, vol. 42.

Vocablos conexos: Derecho aplicable al fondo del asunto. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones. *Iure gestionis*. Reglamento arbitral. Sede del arbitraje.

LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL (VER «AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL»)

LEY MÁS FAVORABLE EN LA EJECUCIÓN DE LAUDO (VER «EJECUCIÓN DE LAUDO»)

LEY MODELO UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral) es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional.

La Cnudmi elabora diversos instrumentos internacionales con distinto alcance y eficacia: desde las Convenciones, y Leyes Modelos, hasta las guías jurídicas, incluyendo también otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional.

Las Convenciones, al ser tratados internacionales, se incorporan a los Derechos internos de los Estados cuando éstos deciden proceder al proceso de su ratificación, aprobación o adhesión. En este sentido, tal y como se indica por la propia Cnudmi, puede decirse que una convención es un instrumento vinculante con arreglo al Derecho internacional para los Estados y otras entidades con capacidad para celebrar tratados que deciden convertirse en parte en ese instrumento. En general, sólo es posible desviarse de una Convención cuando ésta permite formular reservas a sus disposiciones.

Las Leyes Modelo son, como su propio nombre indica, modelos de ley que se ofrecen a los legisladores internos para que desarrollen su propia ley nacional sobre el tema objeto de la ley. En consecuencia, una Ley Modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna. En este sentido, los legisladores nacionales gozan de una amplia libertad a la hora de decidir cómo «incorporan» dicha ley a su Derecho interno, pues pueden ampliar o modificar sus contenidos, aunque para lograr un alto grado de uniformidad es preferible que la ley nacional no se aparte en un porcentaje alto del contenido de la Ley Modelo.

La Ley Modelo se diferencia también de los Reglamentos. El Reglamento, en cambio, es elegido por las partes como parte de su contrato o, después de surgida una controversia, para regir un arbitraje destinado a resolver cualquier controversia entre ellas. En pocas palabras, la Ley Modelo se dirige a los Estados, en tanto que el Reglamento de Arbitraje se dirige a las partes (posibles o reales) en una controversia.

Las Leyes Modelo aprobadas por la Cnudmi son:

1985 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional (enmendada en 2006).
1992 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Transferencias Internacionales de Crédito.
1993 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Contratación Pública de Bienes y Obras.
1994 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
1996 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho interno, junto con su nuevo art. 5 *bis* aprobado en 1998.
2001 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al Derecho interno.
2002 - Ley Modelo de la Cnudmi sobre Conciliación Comercial Internacional.

La Ley Modelo de Arbitraje es, a los efectos de esta Enciclopedia, la que más relevancia presenta, habiendo sido adoptada por más de setenta jurisdicciones de todo el mundo, entre ellas, España mediante la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. Ello, sin duda, contribuye a dotar al arbitraje comercial internacional de un régimen bastante uniforme.

No obstante, existen materias importantes en el arbitraje en las que el silencio de la Ley Modelo se ha interpretado de forma diferente con el indeseado efecto que ello provoca. Citaremos como ejemplo la carencia en la Ley de Arbitraje de la Cnudmi, tanto en 1985 como en su revisión de 2006, de una norma sobre la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales; dicho sea de paso, tampoco existía una norma sobre responsabilidad en el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976, aunque sí se ha incluido en la modificación operada en 2010. Y, por otro, dicho silencio, tanto en los países que han basado su legislación en la Ley Modelo como los que no, se explica muy probablemente por el hecho de que la responsabilidad de los árbitros debe guiarse por las normas generales de responsabilidad presentes en todo ordenamiento jurídico, lo que conduce a que, dependiendo de cómo se conciba el estatus jurídico del árbitro, la naturaleza jurídica del arbitraje y la relación que media entre las partes y el árbitro, se llegue a una aplicación de las reglas

generales de responsabilidad contractual o a la asimilación del árbitro con el juez, aplicando las mismas reglas de responsabilidad que se apliquen a los últimos.

La Ley Modelo de Arbitraje del año 1985 contiene principios básicos del arbitraje comercial internacional que han encontrado eco en un buen número de legislaciones modernas, incluida la española. Entre los principios universales y caracteres propios consagrados en la Ley Modelo, en su versión original de 1985, pueden destacarse los siguientes:

- La plena consagración del principio de autonomía de la voluntad, no sólo en relación con el convenio arbitral (art. 7 LMA), donde la voluntad de las partes es clave, sino también libertad a la hora de organizar el procedimiento arbitral (art. 19.1 LMA).

- La mínima injerencia del Poder Judicial en el arbitraje (art. 5 LMA). El Poder Judicial apoyará, en su caso, al arbitraje, pero no lo obstaculizará.

- El criterio amplio de internacionalidad de la Ley Modelo (art. 1.3 LMA).

- El principio de recepción o «llegada» como momento determinante de la efectividad de las comunicaciones escritas (art. 3 LMA).

- El principio del *venire contra factum proprium* o *estoppel* (art. 4 LMA).

- El principio de la forma escrita del convenio y el de separabilidad del convenio arbitral respecto al contrato principal (art. 7 LMA y art. 16.1 LMA).

- Los amplios criterios de libertad en la elección de las normas aplicables al arbitraje, al permitir a las partes la elección de normas de Derecho (art. 28.1 LMA) y al considerarse incluido en el acuerdo de las partes todas las disposiciones del Reglamento de Arbitraje (art. 2 e) LMA). Diposiciones que se completan con la mínima injerencia de las normas conflictuales (art. 28.1 LMA).

- El principio del *kompetenz-kompetenz* (art. 16 LMA).

- El principio del *favor arbitrii*, el de autonomía o independencia del convenio arbitral respecto del contrato principal (art. 22.1 LA).

- El reconocimiento a los árbitros de la facultad de ordenar medidas cautelares (art. 17 LMA), y la compatibilidad del arbitraje con la solicitud de esas medidas a un tribunal nacional (art. 9 LMA).

- El principio de trato equitativo entre las partes (art. 18).

- La distinción entre el lugar o sede jurídica, y el lugar físico del arbitraje (art. 20 LMA).

- La preferencia por el arbitraje de Derecho frente al de equidad (art. 28.3 LMA).

- La consagración de los usos mercantiles como fuente (art. 28.4 LMA).

- El principio mayoritario en la toma de acuerdos por el tribunal arbitral (art. 29 LMA).

- La equiparación entre el laudo por acuerdo de las partes por el que se transija el asunto y el laudo dictado sobre el fondo del litigio (art. 30 LMA).

- La plena consonancia de la Ley Modelo con el Convenio de Nueva York, especialmente patente en materia de reconocimiento y ejecución de laudos (arts. 35 y 36 LMA).

Las modificaciones operadas en el año 2006 permiten completar la lista anteriormente indicada para añadir los siguientes principios y caracteres propios a la Ley Modelo:

- Los principios de la internacionalidad, uniformidad y la buena fe como criterios informadores de la Ley Modelo (art. 2A.1 LMA).

- El principio de una interpretación autónoma y un sistema de integración de lagunas autosuficiente mediante el recurso a los principios generales en que se basa la Ley Modelo (art. 2.A.2 LMA).

- Nulo peso en la interpretación de la ley de las normas de conflicto y de las normas nacionales.

- Consagración del principio de libertad de forma en la celebración del convenio arbitral e inserción plena del convenio arbitral en la categoría de los contratos consensuales (art. 7 LMA, Opción I y II).

- Establecimiento por primera vez en el arbitraje comercial internacional de un régimen amplio, completo y sistemático sobre las medidas cautelares, incluyendo las normas sobre reconocimiento y ejecución. Amplia libertad de los árbitros para adoptar medidas cautelares estén o no relacionadas con el objeto del litigio (Capítulo IV LMA).

- Facultad de los árbitros para ordenar órdenes preliminares sin audiencia de parte (art. 17 b).

- Valor interpretativo de la Ley Modelo respecto del Convenio de Nueva York, como se deriva de la recomendación interpretativa emitida por la Cnudmi en relación con el CNY.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BASEDOW FERNÁNDEZ y ARROYO MORENO (dir.). «¿Cómo se codifica hoy el Derecho comercial internacional?». *Cedep. La ley paraguaya y Thomson Reuters*, 2010. BINDER. *International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions.* Londres: Sweet & Maxwell, 2010, 3rd edition. FERNÁNDEZ ARROYO/PERALES VISCASILLAS. «Las contribuciones de la Cnudmi/Uncitral en material de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva (junto con Diego Fernández-Arroyo)». Revista de Derecho Comparado, vol. 20, 2012, pp. 37-68. ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS. *El Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme.* Madrid: Cerasa, 2003. OLIVENCIA. «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral): Balance de un Decenio (1968-1977)». En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. Madrid: Edersa, 1981, pp. 753-782. *Id. Uncitral: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI,* RDM, 1983, n.º 207, pp. 9-35.

VOCABLOS CONEXOS: Cnudmi. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (Ohada). Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi. Unidroit.

LEY MODELO CNUDMI (VER «LEY MODELO UNCITRAL»)

LEYES DE POLICÍA

1. Definición de las leyes de policía

«Leyes de policía» es un concepto jurídico mediante el cual se hace referencia a normas estatales de obligado cumplimiento, bien para las personas que se encuentran en el territorio de un Estado, sean o no nacionales del Estado, bien para las situaciones jurídicas que tengan un vínculo con este Estado.

Así, el Código Civil español establece que «Las leyes… de policía… obligan a todos los que se hallen en territorio español» (art. 8).

La especificidad de las leyes de policía ha sido sistematizada, en particular, por los autores franceses a partir de los años 1960, en primer lugar, por P. FRANCESCAKIS.

Según una definición famosa formulada por FRANCESCAKIS, las leyes de policía son aquellas leyes (en el sentido general de cualquier reglamentación), «cuya observación se estima necesaria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del Estado».

El Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (antiguo Convenio de Roma I) define las leyes de policía en los siguientes términos, en su art. 9(1): «Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento».

La Corte de Justicia de la Unión Europea ha adoptado una definición similar de las leyes de policía como aquellas «disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social y económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él» (sentencia del 23 de noviembre de 1999, C-369/96, par. 30).

Si toda ley de policía constituye una norma imperativa interna (o ley de orden público interno), la recíproca no es verdad: toda norma imperativa interna no constituye una ley de policía. La noción de ley de policía es mucho más restringida. Por ello, se habla también de «normas internacionalmente imperativas».

También existen leyes de policía al nivel supranacional que priman sobre el ordenamiento doméstico. Típicamente, el Derecho de la competencia de la Unión Europea es una fuente importante de leyes de policía que inciden en las operaciones comerciales intra y extracomunitarias. En este caso, se habla de leyes de policía comunitarias o europeas.

La importancia del objetivo perseguido por las leyes de policía implica que, a diferencia de otras normas, las leyes de policía se aplican de manera inmediata, sin que entren en juego las normas de conflicto potencialmente aplicables. Las leyes de policía excluyen, por lo tanto, la aplicabilidad de toda ley extranjera que hubiera, sino sido aplicable en virtud de la norma de conflicto relevante. Esta característica explica que las leyes de policía sean también denominadas a veces «leyes de aplicación inmediata».

2. Identificación de las leyes de policía

La identificación de las leyes de policía puede ser problemática, puesto que es muy raro que un legislador las defina como tal. De hecho, es poco frecuente que el legislador especifique el ámbito internacional de sus normas. En práctica, es la jurisprudencia quien determina, caso por caso, si una disposición dada, tiene o no, el carácter de ley de policía.

En general, se reconoce entre las leyes de policía el Derecho de la competencia (nacional y europeo) y algunas de las normas de protección de los empleados, consumidores, prestatarios o agentes comerciales, o la salubridad alimentaria.

En una destacada decisión del 9 de noviembre de 2000 (*Ingmar*, C-381/98), la Corte de Justicia de la Unión Europea consideró que el derecho del agente comercial a percibir una indemnidad en caso de ruptura de su contrato (previsto por la Directiva n.° 86/653 y transpuesto en los distintos derechos nacionales de los Estados miembros), es aplicable, siempre y cuando, la situación presente un vínculo estrecho con la Unión Europea, en particular, cuando el agente comercial desempeña su actividad en el territorio de un Estado miembro, independientemente de la ley aplicable al contrato de agencia comercial. En este caso, el contrato estaba regido por el Derecho de California que no prevé ninguna protección del agente comercial en caso de ruptura de su contrato. En la medida en la que el agente ejercía su actividad en la Unión Europea, la Corte de Justicia consideró que tenía derecho a la indemnidad prevista de manera imperativa por el Derecho europeo, aunque el contrato fuera regido por un Derecho tercero que no preveía tal indemnidad. Aunque la Corte de Justicia no utilizara la expresión de «ley de policía», consagró, precisamente, este mecanismo, y la doctrina unánime se refirió a la noción de «ley de policía comunitaria».

3. Comparación con las normas de orden público internacional

Aunque a veces las leyes de policía sean identificadas con la denominación de normas de «orden público internacional», esta asimilación es en realidad incorrecta. Las leyes de policía se distinguen, fundamentalmente, del orden público por su modo operatorio.

Como se ha expuesto, las leyes de policía definen su propio ámbito de aplicación sin tener en cuenta la regla de conflicto. Son de aplicación imperativa e inmediata, independientemente de la regla de conflicto potencialmente aplicable. Por lo tanto, las leyes de policía están fuera del mecanismo conflictualista del Derecho internacional privado. Mientras que el orden público es un mecanismo típicamente conflictualista, que tiene una función de evicción de la ley aplicable designada por la norma de conflicto (o de rechazo del reconocimiento de una decisión extranjera).

Dicho en otros términos, las normas de conflicto del Derecho internacional privado de un Estado, puede designar como Derecho aplicable, el ordenamiento de otro Estado, pero este ordenamiento puede resultar inaplicable si es contrario al orden público internacional del primer Estado. Por ejemplo, si la norma

de conflicto de un Estado, designa como ley aplicable a un contrato de crédito una ley extranjera que resulta discriminatoria hacia la mujer (porque dispone, por ejemplo, que el tipo de interés aplicable a la mujer es más alto que para los hombres), es muy probable que se considere como contraria al orden público internacional del foro; y, por lo tanto, inaplicable.

En cambio, una ley de policía se aplicará inmediatamente sin necesidad de examinar el contenido de la ley extranjera que hubiera tenido vocación a aplicarse en virtud de la norma de conflicto. Por ejemplo, aunque un contrato de crédito esté sometido a una ley extranjera, un Estado puede considerar que las normas de protección de los prestatarios, son de aplicación imperativa a todos los prestatarios que residen en su territorio, independientemente de la ley que rija el contrato de crédito.

Las leyes de policía forman parte, sin embargo, del orden público internacional. Por ejemplo, un laudo extranjero que no respetara una ley de policía del país en el cual se solicita la ejecución, se podría evaluar el hecho de denegar el exequátur por contrariedad al orden público internacional.

4. Aplicación de las leyes de policía

Las leyes de policía del foro son, naturalmente, de aplicación obligatoria para el juez del foro. Por ejemplo, el art. 9(2) del Reglamento (CE) n.° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que «Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro».

En cambio, la aplicación de las leyes de policía extranjeras puede ser más controversial. ¿Puede, o incluso, debe un juez tomar en cuenta las leyes de policía dictadas por un legislador extranjero? En realidad, hay que distinguir entre dos supuestos: (i) cuando tales normas forman parte del Derecho aplicable a la situación o al contrato (*lex causae*) y (ii) cuando las mismas están contenidas en el ordenamiento jurídico de un tercer Estado.

En el primer supuesto, no hay duda de que se deberían aplicar las leyes de policía pertenecientes al Derecho aplicable designado por la norma de conflicto. El juez debe tomar en cuenta el ordenamiento jurídico extranjero en su totalidad, incluyendo también las normas imperativas, salvo que la aplicación de éstas vulnere los principios fundamentales del foro. En este supuesto, la aplicación de la ley de policía deriva, simplemente, del juego de la norma de conflicto, no de la especificidad del mecanismo. Por ejemplo, en el caso *Fleta*, en 1930, el Tribunal Supremo español exigió la aplicación de las normas imperativas del Derecho de Nueva York, por constituir éste la *lex contractus*.

En el segundo supuesto, la ley de policía está contenida en el ordenamiento jurídico, no del foro ni del Derecho aplicable, sino de un tercer Estado, bien por tratarse del Derecho que debía aplicarse al contrato a falta de elección por las partes del Derecho aplicable o por tener cualquier otra conexión con el contrato (lugar de ejecución o de celebración del contrato; domicilio o residencia de las partes contratantes). Este supuesto es más problemático.

Tradicionalmente, se consideraba con reticencia la voluntad de un legislador extranjero de imponer la aplicación de sus normas en detrimento de la ley designada como competente por la norma de conflicto del foro. Esta reacción se sigue observando incluso hoy en día respecto a ciertas leyes que persiguen un objetivo puramente político, como las leyes de embargo de las exportaciones hacia un país o de congelación de los activos de este país, cuyos efectos extraterritoriales o «imperialistas» han podido, a veces ser criticados, como las leyes americanas *Helms-Burton* o *D'Amato-Kennedy*.

Sin embargo, las mentalidades han ido evolucionando a partir de los años 1960/1970. La doctrina ha subrayado que el rechazo sin examen de las leyes de policía extranjeras, era difícilmente conciliable con el objetivo mismo del Derecho internacional privado, que es la cooperación internacional y la coordinación de los distintos sistemas jurídicos. Estas consideraciones deberían incitar a tomar en cuenta el interés legítimo que puede tener un Estado extranjero a que sus normas imperativas sean respetadas, toda vez que una situación presente una conexión con su territorio, aunque el foro sea extranjero.

Por ejemplo, cuando las partes han sometido su contrato a un Derecho que admite la validez del contrato (o de una de sus cláusulas), pero que en virtud de una ley de policía de otro Estado (del lugar de ejecución o de residencia de las partes) el contrato (o una de sus cláusulas) es ilícito, el juez debería tomar en consideración los intereses de la ley de policía extranjera antes de ordenar la ejecución del contrato. Si considera que los intereses perseguidos por el legislador extranjero están, efectivamente, en causa y son legítimos y dignos

de protección, podrá dar aplicación a la ley de policía extranjera, aunque no pertenezca ni a la *lex causae* ni a la *lex fori*.

El Derecho positivo se orienta hacia la toma en consideración de las leyes extranjeras, como principio, aunque haya en realidad pocas sentencias que decidan aplicar, efectivamente, tales leyes.

Una decisión destacada de la Corte de Casación holandesa de 1966, en el caso *Alnati*, admitió el principio de la aplicación de las leyes de policía extranjeras, aunque en el caso negara el carácter de ley de policía a la disposición extranjera invocada.

Se puede también invocar la decisión *Sensor* dictada por el Tribunal de La Haya en 1982, en el caso del gasoducto eurosiberiano. En 1981, varias sociedades europeas habían concluido contratos con la Unión Soviética para la construcción de un gasoducto vinculando Europa a las fuentes de gas natural de Siberia. Los Estados-Unidos pronunciaron un embargo contra este proyecto por razones políticas, prohibiendo a las filiales europeas de matrices americanas entregar, sin autorización previa, cualquier material o técnica de refinado. Varios Estados europeos adoptaron legislaciones en sentido contrario, prohibiendo a las sociedades nacionales que se conformaran con la legislación americana. Había, por lo tanto, un claro conflicto de leyes de policía. La sociedad Sensor, una compañía holandesa indirectamente controlada por una sociedad americana, se había comprometido a entregar mercancías, a una sociedad francesa, destinadas a la realización del gasoducto. Sensor se negó a cumplir sus obligaciones invocando la legislación americana. El Tribunal de La Haya consideró que, si bien se puede dar prioridad a algunas disposiciones imperativas extranjeras, en este caso no era justificado, y exigió la ejecución del contrato.

Varios convenios internacionales han consagrado la facultad del juez de aplicar las normas imperativas extranjeras con las que el contrato tenga vínculos estrechos: los Convenios de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios (art. 16) y de 1984 sobre el *trust* (art. 16 (2)), la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (art. 11).

Sobre todo, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales preveía en su art. 7(1) lo siguiente: «Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

La formulación de esta disposición quedó modificada cuando se transformó el Convenio en Reglamento europeo en 2008. El nuevo art. 9(3) del Reglamento dispone ahora lo siguiente: «También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

Al nivel legislativo, la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1987 (LDIP) fue la primera en consagrar la aplicación de las normas imperativas pertenecientes a terceros Estados. El art. 19 de la LDIP prevé que «Cuando los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes con respecto a la concepción suiza del derecho así lo exijan, una disposición imperativa de otro derecho que aquél designado por la presente ley podrá ser tomada en consideración, si la situación presenta un vínculo estrecho con este derecho. Para juzgar si esta disposición debe ser tomada en consideración, se tomará en cuenta el objetivo perseguido y las consecuencias que tendría su aplicación para llegar a una decisión adecuada con respecto a la concepción suiza del derecho». El Código Civil de Quebec adoptó en 1991 una disposición similar (art. 3079). Los proyectos de leyes venezolano y alemán contenían una disposición en este sentido, pero no llegó a ser adoptada.

En resumen, se considera que (i) las leyes de policía del foro son de aplicación obligatoria para el juez del foro, (ii) las leyes de policía extranjeras contenidas en las *lex causae* se deben aplicar puesto que forman parte del Derecho aplicable en virtud de la norma de conflicto, y (iii) las leyes de policía contenidas en el ordenamiento jurídico de un tercer Estado (distinto del foro y de la *lex causae*) son de aplicación facultativa para el juez.

¿Quid para el árbitro?

La situación cambia radicalmente para el árbitro, puesto que éste no tiene foro. Es decir, aunque la sede del arbitraje esté fijada en un país dado, el árbitro no forma parte de la judicatura local por el mero hecho de celebrar un arbitraje en este país. En este sentido, se dice que el arbitraje internacional es «deslocalizado». Por lo tanto, así como los jueces del país deben aplicar las leyes locales dictadas por el legislador nacional, el árbitro no tiene esta obligación. Para él, todas las leyes de policía son extranjeras.

Antes de determinar si los árbitros *debían* o no, aplicar las leyes de policía, la primera cuestión que se ha planteado, es saber si los árbitros *podían* aplicar tales normas –en otras palabras–, si las disputas que implicaban leyes de policía, como el Derecho de la competencia por ejemplo, eran o no, arbitrables. Destacadas sentencias americanas (Corte Suprema de Estados Unidos, *Mitsubishi*, 1985), francesas (Corte de Apelación de París, *Ganz*, 1991; *Labinal*, 1993) o suizas (1992) decidieron que los litigios que interesan el Derecho de la competencia, son arbitrables. De manera general, se considera que un árbitro puede resolver cualquier controversia aunque ésta implique una ley de policía.

En cuanto a la cuestión de saber si un árbitro debe aplicar una ley de policía, en virtud de los principios anteriormente mencionados, se considera que el árbitro tiene que aplicar las leyes de policía contenidas en la *lex causae*, pero que no tiene la obligación de aplicar las leyes de policía de la sede del arbitraje ni de otros países.

Por no tener foro, el árbitro no tiene ninguna obligación estricta de aplicar las leyes de policía; si decide hacerlo, es porque su aplicación corresponde a la voluntad de las partes o porque lo considera justo para la controversia.

Sin embargo, el árbitro no tiene que perder de vista que su laudo será ejecutado en el territorio de uno o varios Estados, y que podrá ser el objeto de un recurso en anulación delante de los tribunales de la sede del arbitraje. Por lo tanto, el árbitro puede tener interés en aplicar espontáneamente o, por lo menos, tomar en cuenta las leyes de policía de la sede del arbitraje o del lugar donde el laudo tiene vocación de ser ejecutado, para asegurarse de que el laudo que dicte no vaya a ser anulado por los tribunales de la sede o que su ejecución no vaya a ser denegada por violación del orden público internacional de estos países.

Sin embargo, cabe señalar que, debido al control relativamente limitado de la contrariedad al orden público que operan los tribunales estatales en materia de recurso de anulación o de ejecución de laudos arbitrales, la falta de aplicación de una ley de policía por los árbitros, no tiene siempre en práctica como sanción, la anulación o el rechazo del exequátur del laudo (ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelación de París, *Thalès vs. Euromissile*, 2004).

(Autores: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer, Ginebra.
Jorge Luis Collantes. Licenciado en Derecho por la
Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Seraglini, Ch. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. París: Dalloz, 2001. Audit, B. «*Droit international privé*». *Económica*, 2010. Radicati di Brozolo, L. «*Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*». En *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 315, pp. 265-502.

Vocablos conexos: Arbitrabilidad. Derecho aplicable al fondo del asunto. Deslocalización del arbitraje internacional. Norma de conflicto. Orden público.

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil

El Consejo Europeo invitó a la Comisión Europea a presentar un Libro Verde que recapitulara la situación existente relativa a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito de la Unión Europea. El 19 de abril de 2001 la Comisión Europea presentó el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil,* (COM(2002) 196-C5-0284/2002), en el que, con el fin de conocer la situación, abrir un período de consultas y promover el debate sobre la base de las disposiciones en él contenidas, se hizo balance de la situación imperante en lo que respecta a dichos métodos de solución de conflictos.

El objetivo del Libro Verde consiste en lanzar una consulta y plantear cuestiones de orden jurídico referidas a los elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos (en adelante, ADR, siglas de su denominación inglesa: *Alternative Dispute Resolution,* por las que son comúnmente conocidas) en el ámbito del Derecho civil y mercantil, incluidos el Derecho laboral y el relacionado con el consumidor; excluyéndose del ámbito del presente Libro Verde, las cuestiones relacionadas con los derechos no negociables y que interfieren con el orden público, como ciertas disposiciones del Derecho de las personas y de familia, del Derecho de la competencia y del relacionado con el consumidor a las que no se puede aplicar una ADR.

Se previó que las respuestas fueran entregadas antes del 15 de octubre de 2002 a la Comisión Europea quien se comprometió a tener en cuenta todos los puntos de vista, en aras a definir las directrices de la política que debiera poder aplicar en los años venideros como promotora de iniciativas, tanto legislativas como operativas. De este modo, las reacciones al presente Libro Verde –las contestaciones a las preguntas planteadas y a los comentarios generales– tienen por objeto determinar el interés que supone establecer normas sobre las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos a escala comunitaria. En cualquier caso, tales normas deberían ser complementarias de los esfuerzos desplegados por las instituciones comunitarias en los aspectos operativo, financiero y técnico de las ADR.

El 21 de febrero de 2003 se celebró una audiencia pública sobre la materia por la comunidad jurídica y empresarial, publicándose con posterioridad las respuestas; las cuales ponen de manifiesto una decisiva acogida positiva, aunque también reflejaron algunas discrepancias sobre estas fórmulas.

Tal y como señala el mismo documento, el Libro Verde constituye la oportunidad de dar a conocer las ADR a un gran número de personas y permite, asimismo, hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria. El objetivo de la consulta pública sobre el Libro Verde, es recoger tanto las observaciones generales de los medios interesados como las reacciones específicas a las cuestiones que en él se plantean. Por tanto, este texto no es un documento con vocación normativizadora, sino que lo que se ha pretendido con su publicación ha sido iniciar la reflexión y el diálogo sobre las ventajas e inconvenientes de las modalidades alternativas de solución de conflictos, al tiempo que promover el análisis de los problemas jurídicos que se plantean. En todo momento, en el Libro se deja, particularmente, constancia del papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social.

En general y a grandes rasgos, se trata de debatir en él, los asuntos relativos a los requisitos relacionados con el acceso a la justicia, las normas mínimas de calidad y el estatuto de los terceros. Más detenidamente, las cuestiones que se plantean se refieren a los siguientes extremos: las cláusulas de recurso a las ADR, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, los problemas relativos a los plazos de prescripción, la eficacia de los acuerdos derivados de las ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, así como su acreditación y su régimen de responsabilidad, etc.

En definitiva, se pretenden definir las directrices que deben presidir todos los procesos alternativos de solución de conflictos, siendo uno de los puntos clave del presente texto el relativo a la eficacia jurídica de los acuerdos, insistiendo en la necesidad de garantizar que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido por las partes, por lo que no serán de aplicación los principios generales de Derecho contractual que sitúan la perfección del pacto en la concurrencia de las voluntades.

En el presente documento, la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, excluyendo expresamente al arbitraje por considerarlo más cercano al procedimiento judicial que a las modalidades alternativas de resolución de litigios, mientras que incluye otras fórmulas tales como la mediación y la conciliación. Quedan, asimismo, excluidos: el peritaje, los sistemas de procesamiento de demandas puestos a disposición de los consumidores por los profesionales y los sistemas de negociación automática sin intervención humana.

El hecho de que las leyes reguladoras de las modalidades alternativas de solución de conflictos, difieran de un Estado miembro de la Unión Europea a otro, es un serio obstáculo a los procesos de ADR transnacionales. Por ello, una de las principales metas del Libro Verde consiste en aproximar las diferentes leyes nacionales y sus prácticas arbitrales para facilitar el mercado interno en los servicios de ADR. Además, el Libro Verde hace un especial hincapié en el ámbito de la sociedad de la información, en donde reconoce el incipiente papel de los nuevos servicios en línea de solución extrajudicial de conflictos; es decir, de los «ODR» (*Online Dispute Resolution*) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet.

Se cuestiona si se deben tratar de un modo distinto los métodos de resolución de conflictos *on line*, un sector naciente que se caracteriza por la innovación y la evolución rápida de las nuevas tecnologías y por las peculiaridades que comporta, y los métodos tradicionales o, al contrario, referirse sin discriminación a ambos métodos.

El Libro contiene veintiuna preguntas abiertas dirigidas a profesionales expertos, en aras a configurar el *corpus* del que partir para elaborar una verdadera normativa comunitaria. Entre otras, figuran las siguientes:

¿Existen determinados problemas que justifiquen una acción comunitaria en el ámbito de las ADR? En caso de respuesta afirmativa, ¿de qué problemas se trata? En su opinión, ¿qué enfoque general deberían adoptar en este caso las instituciones de la Unión Europea para tratar de las ADR y qué alcance deberían tener estas iniciativas?; las iniciativas que haya que tomar ¿deberían limitarse a definir principios aplicables a un solo ámbito cada vez (como, por ejemplo, el Derecho mercantil o el Derecho de familia) y considerar de manera diferenciada los distintos ámbitos o, al contrario, deberían ampliarse en la medida de lo posible a todos los ámbitos del Derecho civil y mercantil?, ¿qué iniciativa cree que deberían tomar las instituciones de la Unión Europea, en estrecha colaboración con las partes interesadas en materia de normas deontológicas aplicables a los terceros?, etc.

Destaca el Libro Verde que, de las contestaciones proporcionadas por los Estados miembros al cuestionario previo elaborado, parecen dibujarse algunos principios comunes a todos los procedimientos de ADR. Menciona entre los principios generales que todos los Estados miembros consultados respetan: la voluntariedad de las partes para someterse a los ADRs y la libertad para dar por terminado el proceso en cualquier momento, la autonomía para organizar el procedimiento, la exigencia de imparcialidad al tercero, la inspiración en la equidad de la actuación del tercero, el principio de confidencialidad, especialmente en la mediación, y la necesidad de garantizar el equilibrio real entre las partes.

Se constata que las características esenciales exigibles a los mediadores o terceros neutrales que dirimen las controversias deben ser las siguientes: a) profesionalidad; b) una formación adecuada (posesión de recursos y habilidades), c) el manejo de técnicas de gestión de conflictos, d) la posesión de cualidades indispensables para transmitir confianza y facilitar la comunicación entre las partes, etc.

El Libro Verde es el precedente inmediato de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004 que, finalmente, se convirtió en la Directiva n.º 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho procesal de la Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

Referencias bibliográficas*:* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 11 de diciembre de 2002, sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (DO C n.º 85/8). Ortuño Muñoz, P. «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil». Revista *Iuris*. La Ley, 2003, n.º 77, pp. 42 a 48.

Vocablos conexos: Arbitraje. Arbitraje de equidad. *Alternative Dispute Resolution.* Confidencialidad. Mediación. Responsabilidad de los árbitros.

Lista de árbitros

La lista de árbitros es un mecanismo del que disponen las instituciones arbitrales para proceder a la designación de árbitros. Muchas instituciones arbitrales tienen una lista de árbitros a los que encomiendan los arbitrajes. Pero, la forma de funcionamiento y utilización de esta lista varía de unas instituciones a otras. Algunas de ellas, ni siquiera tienen tal lista, por lo menos de forma oficial, como es el caso de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (conocida habitualmente como CCI). Otras tienen una lista cerrada de árbitros, siendo únicamente los incluidos en tal lista los que pueden realizar arbitrajes encomendados a la institución. Otras, en fin, tienen una lista abierta de árbitros en los que confían, pero que no son los únicos que pueden realizar arbitrajes sometidos a la institución, pudiendo, por el contrario, las partes ponerse de acuerdo en elegir a alguien no incluido en la lista, y reservándose, por lo general, la institución, una facultad de confirmación.

Éste es el caso de la Corte de Arbitraje de Madrid. Las partes, al pactar la cláusula arbitral, deberán ser especialmente vigilantes en este aspecto, ya que incidirá notablemente en su facultad de designar árbitro. La lista de árbitros de casi todas las cortes de arbitraje puede ser consultada en la página web de cada institución arbitral, incluyendo algunas de estas páginas web, información sobre la nacionalidad, idiomas y especialización del árbitro, el currículum de éste en un formato descargable y un buscador de árbitros.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortázar. Madrid).

Litigios societarios

Son las disputas entre socios o controversias societarias. Los motivos para que se produzcan discrepancias en el ámbito societario son diversos y derivan de la realidad de cada negocio, en un contexto específico, pudiendo, incluso, generar efectos sobre los intereses de terceros. También es relevante el nivel de vinculación que pueda existir entre las partes, a partir de un contrato que plasme el tipo de sociedad adoptada por las partes.

Tanto el crecimiento del negocio como, en el otro extremo, la secuela de una eventual crisis económica o de la empresa, pueden producir situaciones conflictivas entre los socios. En el primer caso, pueden presentarse reclamos de los asociados para distribuir con equidad las mayores utilidades y beneficios. En el segundo caso, la crisis generaría una situación que puede desembocar en la quiebra de la empresa, que obligue a su liquidación y, en consecuencia, a la distribución de los bienes societarios entre los socios. Dados los intereses en conflicto, cualquiera de estos escenarios es propicio para que se produzca una disputa entre socios.

El arbitraje es ideal para la solución de este tipo de controversias. Pero, para hacer posible el arbitraje, será necesario contar con el respectivo convenio arbitral. Éste puede haberse incluido en los estatutos de la sociedad o, de no ser así, podrá constar en un documento independiente que cumpla con los requisitos de validez que requiere un convenio arbitral, de acuerdo al marco jurídico aplicable.

La doctrina continental europea distingue entre el compromiso arbitral, pactado al momento de surgir la controversia, y la cláusula compromisoria o cláusula arbitral, incluida *ex ante* en el contrato societario. En la actualidad, la tendencia que se aprecia en el Derecho comparado, es a favor de considerar ambas formas, simplemente, como un convenio arbitral, en tanto que obligan a las partes a arbitrar, requieren del consenso de ambas para su celebración y basta con la iniciativa de una parte para exigir el arbitraje.

En cuanto a la metodología a utilizar, se puede constatar que la experiencia demuestra que lo primero que debe hacerse es un inventario o balance de la situación societaria o del *partnership*. De esta manera, se contará con información objetiva para proceder a decidir posteriormente lo que le corresponde a cada socio. Éste puede ser un procedimiento complejo que abarque, inclusive, la propiedad intelectual de la empresa, el valor de la o las marcas, o el *know-how* desarrollado, entre otros.

De otro lado, las partes podrán pactar si el arbitraje se llevará a cabo mediante la aplicación de determinada ley para resolver la controversia de fondo, o si los árbitros contarán con facultades para resolver la controversia *ex aequo et bono* (en equidad). Cada una de las modalidades ofrece ventajas y desventajas que deberán ser evaluadas en el momento de pactar el convenio arbitral.

Asimismo, la Corte Suprema Federal de Suiza, en el caso n.° 4A-446/2009, ha resuelto recientemente, en un caso de *partnership disputes*, que el convenio arbitral incluido en los estatutos de la sociedad no se aplica a la pretensión de responsabilidad que plantea un socio en contra del directorio de la empresa, habiendo sido la empresa declarada previamente en estado de insolvencia, a solicitud de sus acreedores. La Corte Suprema confirmó así el criterio de la Corte Comercial del Cantón de Berna, que resolvió en su oportunidad que el convenio arbitral no abarcaba la materia controvertida reclamada por el demandante sobre responsabilidad de los directores, y que la demanda debía ser presentada en sede judicial. Del mismo modo, se estableció que no cabía que el directorio de la empresa plantease una excepción basada en la existencia del convenio arbitral, para eludir una demanda judicial por responsabilidad.

Este criterio ya estaba recogido en la doctrina, así como el criterio que establece que un convenio arbitral incluido en los estatutos de una empresa, no es vinculante para los socios que estaban obligados por el anterior estatuto, si éste no contaba con un convenio arbitral. En todo caso, si se desea que el arbitraje sea vinculante, es conveniente regularizar su carácter obligatorio mediante documentos o adendas adicionales al estatuto societario.

(Autor: Franz Kundmüller Caminiti. Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BOND, Stephen R. «Cómo redactar una cláusula compromisoria». En *El arbitraje comercial internacional*. Suplemento Internacional. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (abril 1995), pp. 25-35. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones.* Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007, pp. 199-257. SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, n.º 2, pp. 55-75. VON SEGESSER, Georg. «Swiss Federal Supreme Court Denies the Applicability of an Arbitration Clause in the Articles of Association to Liability Claims Against Board of Directors of an Insolvent Company». En *Kluwer Arbitration Blog* http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/07/swiss-federal-supreme-court-denies-the-applicability-of-an-arbitration-clause-in-the-articles-of-association-to-liability-claims-against-board-of-directors-of-an-insolvent-company.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Inactividad de las partes. Arbitraje societario.

LITISCONSORCIO

1. Definición. Pluralidad de partes en un proceso arbitral

Lo normal es que el proceso de arbitraje se desarrolle para solucionar un conflicto surgido entre dos partes, un demandante y un demandado.

Sin embargo, puede darse la circunstancia de que el arbitraje se entable por varios demandantes o frente a varios demandados. Se entiende así que hay *pluralidad de partes.*

Esta pluralidad de partes puede surgir por diversas causas, pero la más habitual es la que tiene en cuenta su carácter originario o sobrevenido; es decir, si la pluralidad de partes se da ya desde el inicio mismo del proceso o surge con posterioridad. Cuando la pluralidad de partes es originaria, se habla de litisconsorcio; cuando es sobrevenida, se habla de intervención procesal.

2. Clases de litisconsorcio: activo y pasivo

Existe litisconsorcio cuando la demanda es presentada por varios demandantes o es dirigida frente a varios demandados, o ambas cosas a la vez. Así estaremos ante un *litisconsorcio activo* –pluralidad de demandantes– o *litisconsorcio pasivo* –pluralidad de demandados–.

2.1. Litisconsorcio voluntario y litisconsorcio necesario

Existe *litisconsorcio* voluntario cuando quien interpone la demanda decide presentarla con pluralidad de partes, ya sea actores o demandados o ambos simultáneamente.

Existe *litisconsorcio* necesario cuando una norma jurídica impone que la demanda sea presentada por varios sujetos o frente a varios sujetos. Este *litisconsorcio*, a su vez, puede ser activo o pasivo.

2.2. Litisconsorcio activo necesario y litisconsorcio pasivo necesario

Los ordenamientos vigentes prevén únicamente el litisconsorcio pasivo necesario, ello se debe a que la mayoría, por no decir la práctica totalidad de los supuestos de *litisconsorcio* necesario, lo son con respecto a los demandados. Este hecho se debe a que la mayoría de leyes en presencia de relaciones jurídicas con una pluralidad de titulares activos, suelen permitir a cualquiera de ellos, ejercitar los derechos derivados de dicha relación.

2.2.1. Litisconsorcio pasivo necesario

Aunque no en todos los ordenamientos jurídicos encuentra regulación expresa la institución del *litisconsorcio* necesario (en España, país de los redactores de este término, no es hasta la entrada en vigor de la LEC, mientras que en otros ordenamientos como el alemán, el austriaco y el italiano, ya se recogía), lo cierto es que la necesidad de que actúen varios en el proceso o de que la demanda se dirija simultáneamente frente a dos personas, ha sido objeto de creación y amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal en aras al principio de que nadie puede ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio –*nemo debet inauditus damnari*–, de la imposibilidad de extender los efectos de una sentencia a quien no ha sido parte en un procedimiento y, finalmente, de la inconveniencia de fallos o decisiones contradictorias en un mismo asunto.

La consecuencia de estos principios, es la exigencia de que la relación procesal se constituya válidamente, mediante la llamada al proceso de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente a quien inicia la acción de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que nace la acción que se hace valer ante los órganos jurisdiccionales, y que pueden resultar afectados por el fallo o decisión del órgano judicial.

El *litisconsorcio* pasivo necesario, en fin, tiene como objetivo procurar que la relación jurídico-procesal esté constituida con todas las personas que en atención a su situación, vínculo o titularidad respecto a la relación material objeto de la controversia, han de quedar necesariamente afectadas por la sentencia o decisión que, en su caso, se dicte; responde bien a la necesidad de que en el proceso participen todos los que vayan a ser directamente afectados por el fallo, a fin de evitar la indefensión, o bien a la de que intervengan las personas necesarias, para que una sentencia pueda ser ulteriormente ejecutada con el fin de evitar procesos inútiles.

Para que opere el carácter forzoso del *litisconsorcio* necesario, se «exige una unidad de relación material» que vincule a los interesados de manera que sean titulares de un derecho susceptible de padecer lesión, a consecuencia de la sentencia o decisión por hallarse, directa e inseparablemente ligados *in actu,* debiendo buscarse tal vinculación en la situación jurídico-material controvertida del pleito, con presencia de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser condenados (o afectados) como *litis* consortes necesarios (pasivos).

Se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados en sus derechos e intereses, por el proceso seguido, bien porque así lo imponga la ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de la excepción procesal de referencia, se halla en el principio de evitación de la indefensión que informa a todo ordenamiento jurídico.

La indefensión «consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en cualquier proceso, los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el transcurso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción» (no puede desconocerse que «no toda vulneración de normas procesales produce indefensión», pues ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que un ordenamiento jurídico pone en su alcance para la defensa de sus derechos).

En algunos ordenamientos jurídicos el concepto jurídico de indefensión no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así, porque la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista de las leyes reguladoras de los procesos. En muchas ocasiones, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, de la audiencia bilateral o de la debida contradicción que entraña, mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, respecto de los cuales la resolución judicial debe suponer la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes.

En algunos ordenamientos jurídicos se establece la necesidad de que sea el órgano judicial el que, de oficio, controle la correcta configuración de la relación jurídico-procesal. La configuración de la relación jurídico-procesal es una cuestión que afecta al orden público y obliga a todo juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho de acceso a los tribunales sin indefensión, el control de oficio tiene como finalidad conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos (o decisiones) contradictorios sobre un mismo asunto.

Los requisitos que, en general, se exigen para la existencia de esta figura, son:

a. Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal.

b. Que ese nexo sea inescindible, homogéneo y paritario.

c. Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor.

d. El más importante, que se trate de la «misma relación jurídico-material» sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración, le afecta simplemente con

carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa.

2.2.2. El litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento arbitral

Es un principio esencial en cualquier clase de procedimiento, sea judicial o arbitral, que nadie puede resultar afectado por una resolución dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte.

En general, se puede afirmar que rigen en el procedimiento arbitral los mismos fundamentos que en la justicia ordinaria para la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa, sin que se pueda pretender que por el carácter especial del primero y su teórica simplificación de trámites, dejen de observarse tales principios en garantía, precisamente, de derechos fundamentales.

Ahora bien, no hay que olvidar que el proceso arbitral sólo puede tener lugar si las partes así lo han convenido de forma expresa en el denominado convenio arbitral o cláusula arbitral, en la que las partes acuerdan someter cualquier controversia que surja entre ellas, derivada de una relación contractual determinada. Es decir, solamente podrán acudir al proceso arbitral las partes que están vinculadas por el acuerdo de arbitraje; y, por tanto, no puede traerse al mismo a otras partes que no estén vinculadas por dicho convenio, salvo, claro está, sumisión expresa de éstas.

A nivel internacional es de destacar la Ley Modelo de la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre arbitraje comercial e internacional que constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Esta ley regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Ahora bien, ésta no considera otros aspectos objetivos o subjetivos del proceso como la cosa juzgada, *litisconsorcio* y otras cuestiones que serán consideradas por las leyes positivas de los países en donde se desarrolle el arbitraje.

En consecuencia, el presupuesto básico para la existencia de *litisconsorcio* pasivo necesario antes de examinar la concurrencia de los requisitos propios de esta figura, será la vinculación de todas las partes a ese acuerdo arbitral. A partir de aquí, habrá que acudir a la ley positiva de aplicación al procedimiento arbitral concreto para comprobar si la figura del *litisconsorcio* pasivo necesario se encuentra regulado de forma expresa o no y, en su caso, los requisitos de procedencia exigidos por la jurisprudencia y doctrina de ese país. Finalmente, no hay que olvidar que la falta del debido *litisconsorcio* no ha de derivar per se en una nulidad procesal, por la sencilla razón de que, salvo excepciones tasadas, la cosa juzgada jamás se extiende a quien no fue parte en el proceso. En el último término, tan sólo podría desembocar en un laudo que no produjera efecto alguno.

Precisamente, por los motivos apuntados va a ser muy difícil que prospere una nulidad de un laudo fundamentada en la figura del *litisconsorcio* pasivo. En el art. 34 «La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral» de la Ley Modelo de la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre arbitraje comercial e internacional. El referido art. 34 dispone:

> 2. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
> a. la parte que interpone la petición pruebe:
> i. que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
> ii. 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
> iii. 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 estas últimas; o
> iv. que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
> b. El tribunal compruebe:
> i. que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
> ii. que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Una supuesta nulidad el laudo basada en la figura del *litisconsorcio* pasivo debería incardinarse dentro del art. 34 apartado b) ii), esto es, en la alegación de que el laudo es contrario al orden público. Ahora bien, existen muy serias dudas de que el no acogimiento de la excepción de falta de *litisconsorcio*, pasivo necesario, pueda afectar al orden público, ya que ello lo único que determinaría, en su caso, es la imposibilidad de que fueran condenadas otras partes corresponsables con la inicial demandada en el proceso, pero no puede suponer ni implicar vulneración de los principios de defensa, audiencia y contradicción ni, por tanto, generar indefensión alguna, pero además hemos de tener en cuenta, también con carácter fundamental, que al procedimiento arbitral, como se ha apuntado, solamente pueden acudir las partes que están vinculadas por el convenio arbitral; y, por tanto, no puede traerse al mismo a otras partes que no estén vinculadas por dicho convenio; la invocación de vulneración del *litisconsorcio* necesario, difícilmente podrá ser apreciada, dado que las partes del arbitraje, en principio, quedan perfectamente definidas en el convenio sobre procedimiento arbitral, suscrito por las partes y no puede hacerse extensivo a otras, y tal convenio debe apreciarse de forma vinculante para todos los intervinientes, en tal sentido de delimitación de las partes.

(Autores: Fernando Jaureguizar Ducable y Miriam Clapés Oleart, Abogados asociados de Amat & Vidal-Quadras Advocats).

Vocablos conexos: Arbitraje internacional. Convenio arbitral. Cnudmi.

Litispendencia arbitral

En sentido amplio, la *litispendencia* se puede definir como la existencia de otro procedimiento en el que concurre la triple identidad subjetiva, objetiva y causal.

Por tanto, y desde el punto de vista del arbitraje, implica la existencia de un procedimiento arbitral en el que concurren las identidades anteriormente citadas, y que imposibilitará el inicio de otro procedimiento arbitral con el mismo objeto y entre las mismas partes, hasta el momento en el que no concluya aquél mediante una resolución diferente a la de un laudo que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

La discusión en torno a la *litispendencia* arbitral se ha centrado en el hecho de determinar si cabe alegar la *litispendencia* arbitral cuando, posteriormente, se inicia un procedimiento judicial entre las mismas partes y con el mismo objeto. En este punto, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI) en el laudo arbitral dictado en el asunto n.º 5103/1988, dispuso:

> *Litispendencia* propiamente dicha puede surgir únicamente entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes cuando las reglas de competencia de su jurisdicción autorizan a ambas a conocer de un mismo litigio. Esta situación de conflicto no puede surgir entre jurisdicción arbitral y una jurisdicción estatal, ya que su respectiva existencia no depende más que de un factor, la existencia, la validez y la extensión del convenio arbitral […].

Por tanto y desde este punto de vista, no cabe afirmar la existencia de litispendencia entre un tribunal jurisdiccional y otro arbitral, toda vez que la litispendencia supone la competencia simultánea de dos órganos jurisdiccionales para conocer de un mismo asunto, extremo imposible en materia arbitral, toda vez que siendo válido y eficaz el convenio, el órgano jurisdiccional ya no resulta competente para conocer del fondo del asunto.

Así las cosas, la institución clave para defender la existencia de un procedimiento arbitral no es la alegación de la excepción de litispendencia, sino el ejercicio de la declinatoria conforme a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez definido el concepto y aclarado que no cabe hablar de litispendencia entre procedimiento arbitral y judicial, las dudas e interpretaciones surgen en torno al momento en el que nace la litispendencia arbitral, de forma que podría entenderse que concurre el supuesto de litispendencia con la mera solicitud de arbitraje o, por el contrario, que surge en el momento en el que la otra parte ha aceptado el sometimiento a arbitraje.

El punto de partida debe residenciarse en el art. 27 de la Ley de Arbitraje (LA), que prevé que, salvo las partes no hayan convenido otra cosa, la fecha en la que el demandado reciba el requerimiento de sometimiento a arbitraje se considerará como el inicio de éste.

Otra pregunta que cabría formularse es la tendente a determinar qué se entiende por requerimiento.

Una primera interpretación sería la de considerar que requerimiento es el acto emitido por la institución arbitral o el árbitro o tribunal arbitral, por el que se emplaza al demandado para que conteste la demanda.

Otra interpretación, tal vez la menos rígida, es aquélla que considera el requerimiento como la comunicación de una parte a la otra, en la que se manifiesta la voluntad de someter la controversia a arbitraje.

Como complemento de ambas tesis, podemos afirmar que, técnicamente, pueden surgir algunas dudas en torno al momento en el que debe entenderse producida la litispendencia, ya que hasta que no se formula la demanda, no quedan perfectamente definidas las tres identidades.

Por tanto, y partiendo de todo lo anterior, podemos afirmar que la litispendencia arbitral sólo se produce cuando se trata de ventilar una misma controversia recurriendo a dos procedimientos arbitrales distintos, y que el hito temporal para considerar que nace la misma, es aquél en el que una parte comunica a la otra su voluntad de someter la cuestión a arbitraje.

Contrariamente, lo que no cabe en sentido estricto es alegar la litispendencia arbitral, en caso de que cualquiera de las partes haya iniciado un procedimiento judicial, de forma que la actuación procesal correcta sería la de alegar la declinatoria, por estar sometida la cuestión a arbitraje, toda vez que el arbitraje no es un proceso, sino un equivalente jurisdiccional que no produce una verdadera litispendencia.

A pesar de lo expuesto, sí es cierto que existen algunas resoluciones judiciales en España que han acogido la excepción de litispendencia del procedimiento arbitral por la jurisdicción. Ejemplo de las mismas lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta de fecha 22 de marzo de 2002 o en el Auto del Tribunal Supremo (aunque referida a una oposición al reconocimiento de un laudo extranjero) de fecha 10 de diciembre de 2003.

(Autora: Antonia Magdaleno. Profesora Derecho procesal de la Universidad de Valencia. Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT, J. «Cuestiones problemáticas en el procedimiento arbitral de consumo». *Actualidad Jurídica.* Navarra: Aranzadi, 2003, n.º 59. CORDERO ÁLVAREZ, C.I. «Arbitraje Comercial Internacional y litispendencia jurisdiccional». *Anuario jurídico y económico Escuarialense*, 2007, XL. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. «La litispendencia». *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona, 1974, p. 348.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Declinatoria arbitral.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA)

a) *Origen*

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (*London Court of International Arbitration*), LCIA, es la decana de todas las cortes arbitrales internacionales, siendo fundada en 1898.

Como en su día se expresó en la *Law Quarterly Review*, su espíritu fundacional perseguía «ser rápida donde la ley era lenta, barata donde la ley era costosa y sencilla donde la ley era técnica»; en definitiva, pretendía retomar la tradición de los *aldermen arbitrators*, de los Comités de la Bolsa de Valores, del maíz o del carbón.

Actualmente, sus procedimientos arbitrales se rigen por un Reglamento de 1 de enero de 1998.

b) *Análisis esencial del procedimiento ante la LCIA*

El procedimiento se inicia mediante el correspondiente anuncio o solicitud de arbitraje, respuesta al mismo y nombramiento del tribunal arbitral, siendo preferida, salvo acuerdo en contrario de las partes, o de la Corte, en atención a las circunstancias del caso y si lo estima apropiado, la designación de un arbitro único. En caso de que las partes optaran por un tribunal arbitral, la Corte nombraría a su presidente.

En los supuestos de pluralidad de partes, si no existiere acuerdo por escrito entre ellas para constituirse en dos partes distintas, la Corte nombrará a los miembros del tribunal arbitral, sin tener en cuenta sus respectivas designaciones.

Nombrado el tribunal arbitral, se procederá a la formalización de la demanda, contestación a la misma y eventual reconvención, previendo un trámite de réplica, tanto a la contestación a la demanda como a la contestación a la reconvencion, estando legitimado el tribunal para autorizar, previa audiencia de las partes, cualquier modificación de los citados escritos por las propias partes (art. 22 del Reglamento LCIA).

El tribunal arbitral disfruta de unas amplias facultades adicionales, respecto de las habituales en otros reglamentos arbitrales, que son enumeradas en el art. 22, así como de la posibilidad de adoptar medidas cautelares (art. 25). En materia de costas, rige el criterio progresivo de imposición, según el relativo éxito o fracaso de las pretensiones de las partes (art. 28).

El Reglamento (art. 26.9) considera que las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros. Árbitro independiente. Abogado del Estado).

Referencias bibliográficas: Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Pamplona: Aranzadi, 2006. Weigand, Frank-Bernd. *Practitioner's Handbook on International Commercial* Arbitration. Nueva York: Oxford Press University, 2010, 2nd edition.

Vocablos conexos: Arbitraje institucional. Reglamento arbitral.

Lucro cesante (en general)

El lucro cesante es un concepto originado en el Derecho romano, el cual distinguía entre dos componentes de la indemnización por daños y perjuicios: daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*). El daño emergente consiste en el perjuicio sufrido como consecuencia de la inejecución de una obligación o de un hecho dañino en general. El lucro cesante es la utilidad o ganancia que el afectado ha dejado de percibir con motivo de este hecho; es decir, el aumento patrimonial que hubiese tenido lugar en ausencia del hecho dañoso. El lucro cesante no consiste en el ingreso bruto dejado de percibir, sino que se deben deducir los gastos que no fue necesario realizar para identificar la ganancia neta que fue frustrada.

La distinción entre lucro cesante y daño emergente se basa en si el interés afectado es o no un interés actual. Cuando se afecta un interés que pertenece a la persona afectada en el momento del daño, se trata de un daño emergente; y cuando se afecta un interés que todavía no pertenece al perjudicado, se trata de lucro cesante. (Santos Briz, *La responsabilidad civil*, p. 289). Lo anterior no significa equiparar daño emergente con daño presente o actual, ni el lucro cesante con daño futuro. Como explica Zannoni, el lucro cesante puede ser actual o futuro, ya que esta distinción toma como punto de referencia el momento de la sentencia o laudo (citado por Yzquierdo, p. 150).

En las jurisdicciones de Derecho civil las indemnizaciones por incumplimiento contractual, usualmente se otorgan sobre la base de los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Por ejemplo, el art. 1.106 del Código Civil español establece que la indemnización comprende «no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». De manera similar, el art. 1321 del Código Civil peruano señala que el resarcimiento por la inejecución de obligaciones «comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante». (Ver también Código Civil italiano, art. 1223; Código Civil alemán, art. 252).

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el objetivo de otorgar una indemnización por lucro cesante, es colocar al reclamante en la posición financiera en la que estaría, de haberse ejecutado el contrato de acuerdo a lo pactado. La compensación plena de la parte perjudicada se obtiene al otorgarse una indemnización tanto por daño emergente como por lucro cesante. Por su lado, en las jurisdicciones de Derecho común, el propósito de las indemnizaciones por incumplimiento contractual también consiste en colocar a la parte afectada en la misma situación que si se hubiese ejecutado el contrato, protegiendo el llamado *expectation interest*. (Ver, Gotanda, p. 64). Así, en la mayoría de las jurisdicciones, en caso de incumplimiento contractual no justificado, la parte dañada tiene derecho a recuperar la ganancia neta que hubiese logrado si la otra parte hubiese cumplido con lo pactado. (Gotanda, p. 86).

Los Principios Unidroit recogen este consenso en su art. 7.4.2(1), estableciendo que la reparación integral incluye la reparación de las ganancias dejadas de percibir:

> La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

Los tribunales arbitrales han adoptado estos conceptos con mucha frecuencia en casos de incumplimiento contractual. Luego de examinar varios laudos arbitrales sobre lucro cesante, GOTANDA concluye que existe un consenso general entre los tribunales arbitrales que, en teoría, ante un incumplimiento contractual no justificado, se busca colocar a la parte dañada en la situación que estaría si el contrato se hubiese ejecutado. Es decir, la parte perjudicada tiene derecho a ser resarcida por las pérdidas sufridas y recibir la ganancia neta que no pudo realizar debido al incumplimiento. Como se indicó, esto resulta consistente con la ley aplicable de la gran mayoría de jurisdicciones. (GOTANDA, pp. 63, 99). Aunque en las distintas jurisdicciones los requisitos exigidos para otorgar una indemnización por lucro cesante pueden variar, GOTANDA observa que las diferencias en estos requisitos no han sido un obstáculo para los tribunales arbitrales. (GOTANDA, p. 99).

En general, no se exige al demandante probar con certeza absoluta que las ganancias esperadas que reclama en calidad de lucro cesante, se habrían realizado. Pero, tampoco es resarcible un interés incierto o meramente hipotético. SANTOS BRIZ explica que el lucro cesante se delimita por un «juicio de probabilidad», ya que «se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso». (SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil.*, pp. 585-586).

De igual manera, para DÍEZ-PICAZO «el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo al curso normal de las cosas». En algunos supuestos, la fuente de la ganancia esperada existía con anterioridad al daño (un contrato ya celebrado, por ejemplo), en otros casos, la futura ganancia depende de otros factores adicionales (por ejemplo, de si se encontrarían compradores en el mercado). En esos casos se debe considerar qué es lo que se podía esperar en el curso normal de los acontecimientos. (DÍEZ-PICAZO, p. 323).

El concepto de lucro cesante debe distinguirse del concepto de pérdida de oportunidades. A diferencia de lo que ocurre con el lucro cesante, en el caso de la pérdida de oportunidades, no hay certeza de que el reclamante se encontraría en la situación jurídicamente idónea que le permitiría esperar las ganancias. (YZQUIERDO, p. 152). El ejemplo clásico de MAZEAUD y TUNC para la pérdida de oportunidades, se refiere al retraso de un transportista en la entrega de un caballo de carreras; a causa de esa demora, el caballo no puede participar en una carrera importante en el hipódromo (citado por YZQUIERDO, p. 152). No es seguro que el propietario del caballo hubiese podido ganar la carrera y obtener el premio, pero se le privó de una oportunidad al no poder participar en la carrera. En estos casos se indemniza la posibilidad misma, la cual tiene un valor, que ya formaba parte de la esfera patrimonial del afectado al producirse el daño.

A pesar del consenso general sobre la teoría de la validez de los reclamos por lucro cesante, en la práctica, el cálculo de las indemnizaciones a ser otorgadas en calidad de lucro cesante, ha generado problemas para los tribunales arbitrales. (GOTANDA, p. 99). En particular, los tribunales enfrentan dificultades para determinar las ganancias futuras reclamadas sobre la base de contratos de largo plazo. Como consecuencia de ello, algunos tribunales han rechazado los reclamos de indemnización por este concepto, o han limitado el monto otorgado. (RIPINSKY y WILLIAMS, p. 107). (Ver vocablo «cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)»).

(Autor: Cristina Ferraro, Miranda & Amado. Lima).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Código Civil español, art. 1.106. Código Civil peruano, art. 1321. Código Civil italiano, art. 1223. Código Civil alemán, art. 252. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE TRAZEGNIES, F. *La responsabilidad extracontractual* (arts. 1969-1988). «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. IV, tomo I, pp. 35-50. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 322-324. GOTANDA, J.Y. «Recovering Lost Profits in International Disputes», 36 Geo. J. Int'l L. 61, 2004-2005. RIPINSKY, S. y K. WILLIAMS. *Damages in International Investment Law*. British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 106-110. SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal.* Madrid: Editorial Montecorvo, 1993, 7.ª edición, pp. 289-302. SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973,

tomo III, pp. 585-590. Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 150-155.

Vocablos conexos: Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones). Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje).

Lugar del arbitraje (ver «Sede del arbitraje»)

Lump-sum agreements

1. Concepto y características

La expresión inglesa *lump-sum agreement* (en francés, *indemnité globale forfaitaire*) define un tratado internacional entre dos o más Estados por el que acuerdan el pago de una indemnización global tras una expropiación, nacionalización o medida de efecto equivalente efectuada por uno de los Estados parte sobre bienes y derechos de los nacionales del o de los otros Estados parte en el territorio de aquél.

Los Estados pueden llevar a cabo una reorganización de su economía en el ejercicio de su soberanía y expropiar a ciudadanos o empresas extranjeros, siempre y cuando les paguen una indemnización; si no lo hacen, incurren en responsabilidad internacional. En esa situación, el Estado del que son nacionales los propietarios expropiados puede reclamar una reparación al Estado expropiador, tras decidir asumir la reclamación como propia en el marco de la protección diplomática y para poner fin al hecho internacionalmente ilícito. Ésa es la primera característica distintiva de un *lump-sum agreement*. Tras unas negociaciones, los Estados llegan a un acuerdo para que el Estado expropiador pague una indemnización, que es recibida por el Estado del que son nacionales los propietarios expropiados y que la distribuye entre ellos, conforme a los criterios que considere oportunos (comprobando los derechos alegados por cada uno de los potenciales beneficiarios del acuerdo mediante, por ejemplo, el establecimiento de una comisión nacional de adjudicación).

La segunda característica distintiva de un *lump-sum agreement,* es que la indemnización pagada por el Estado expropiador, tiene un carácter global por todos los bienes y derechos expropiados y habitualmente es (muy) inferior al precio de mercado de esos bienes y derechos; precio que los propietarios expropiados, en su caso, podrían conseguir si pudieran presentar una reclamación propia ante los tribunales del Estado expropiador o de otro Estado o ante un tribunal internacional.

2. Orígenes y desarrollo

Los *lump-sum agreements* tuvieron su desarrollo en el siglo XX en el contexto de expropiaciones masivas como consecuencia, por ejemplo, de guerras o revoluciones políticas; y representan una superación del paradigma del medio de solución de controversias de ese tipo imperante hasta entonces: las comisiones mixtas de reclamaciones.

Según los estudios de Weston, Lillich y Bederman, más de 150 tratados de este tipo fueron firmados entre 1945 y 1975, mientras que entre 1975 y 1995 contabilizaron hasta 69.

Por un lado, destacaremos en el ámbito europeo que después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados del Este de Europa abrazaron la economía socialista, llevando a cabo nacionalizaciones de recursos en manos, hasta entonces, de ciudadanos y empresas extranjeros. Algunos Estados occidentales llegaron con aquéllos, a acuerdos globales de indemnización sobre los bienes y derechos anteriormente propiedad de sus nacionales; por ejemplo, Yugoslavia y los Estados Unidos de América (19 de julio de 1948), Polonia y Noruega (23 de diciembre de 1955) o Rumania y los Estados Unidos de América (30 de marzo de 1960).

Por otro lado, en el ámbito latinoamericano, a resultas de la revolución cubana iniciada en enero de 1959, fueron expropiados bienes y derechos de ciudadanos y empresas de varias nacionalidades. El nuevo gobierno cubano entró en largas negociaciones para el pago de indemnizaciones globales y llegó a firmar *lump-sum agreements* con Suiza (2 de marzo de 1967), Francia (16 de marzo de 1967), Reino Unido (18 de octubre de 1978), Canadá (7 de noviembre de 1980) y España (16 de noviembre de 1986).

3. Especial atención a la práctica convencional española

España, en particular, ha celebrado en fechas recientes tres *lump-sum agreements* (Ruiz Colomé), en orden cronológico:

i. Uno con Marruecos el 8 de noviembre de 1979, como consecuencia de las expropiaciones de propiedades agrícolas de ciudadanos españoles en Marruecos decretadas el 2 de marzo de 1973 (Preámbulo y art. 1 del Convenio).

ii. Otro con Egipto el 14 de abril de 1982, tras diversas medidas adoptadas por Egipto de reforma agraria, secuestro, nacionalización, expropiación, confiscación y otras medidas restrictivas contra propiedades de ciudadanos españoles y ejecutadas desde el 1 de enero de 1952 (art. 2.1 del Acuerdo); y,

iii. Otro con Cuba el 16 de noviembre de 1986, por las medidas de expropiación y nacionalización adoptadas por Cuba desde el 1 de enero de 1959 (art. III del Convenio).

En estos tres acuerdos se observan, en general, las características típicas de los *lump-sum agreements* (aunque el Convenio con Marruecos es muy breve). Veámoslas a continuación:

a) *Acuerdo entre los dos Estados sobre la totalidad de las reclamaciones existentes*

En primer lugar, los acuerdos reflejan la voluntad de los dos Estados implicados de zanjar todas las reclamaciones de nacionales españoles contra el Estado expropiador, que fueron ejercitadas por España, en virtud de la protección diplomática brindada a aquéllos.

Con claridad el art. 1.a) del Acuerdo con Egipto estableció lo siguiente:

> El gobierno de la República Árabe de Egipto acuerda pagar, y el gobierno de España acepta recibir, la cantidad neta de un millón cuatrocientos mil (1.400.000) dólares norteamericanos, como liquidación final de todas las reclamaciones de ciudadanos españoles contra el gobierno egipcio derivadas de las medidas de exclusión o limitación de derechos decretadas desde 1952.

Del mismo modo, el art. I del Convenio con Cuba:

> El gobierno de la República de Cuba acuerda pagar y el gobierno del Reino de España acepta recibir la cantidad neta de 5.416.000.000 de pesetas como liquidación y finiquito de la indemnización por todos los bienes, derechos, acciones e intereses de las personas naturales y jurídicas de nacionalidad española que han resultado afectadas por leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno de la República de Cuba desde el 1 de enero de 1959 hasta la fecha de firma del presente Convenio [16 de noviembre de 1986], ambas inclusive.

Por otro lado, el art. 2 del Convenio con Marruecos expresó con parquedad que el pago de la indemnización en él recogida, tenía la consideración de *finiquito* de la reclamación.

b) *Pago de la indemnización y modalidades*

En segundo lugar, dos de los *lump-sum agreements* establecieron un calendario de pagos dilatado para la cancelación de la indemnización acordada y previeron ésta que se materializara, tanto en dinero como en especie.

Por un lado, el art. 1.b) del Acuerdo con Egipto indicó que el pago de la suma fijada en el art. 1.a) sería efectuado por el gobierno egipcio en tres plazos, el primero seis meses después de la entrada en vigor del Acuerdo (lo que tuvo lugar el 21 de enero de 1984), el segundo, un año después del vencimiento del primer plazo y el tercero, un año después del vencimiento del segundo plazo.

Por otro lado, el art. II del Convenio con Cuba fijó las modalidades de pago de la cantidad neta establecida en el art. I. De un lado, se estableció el pago en efectivo de 1.805.333.288 pesetas, pagaderas en plazos semestrales de 60.177.776 pesetas, los días 1 de marzo y 1 de septiembre. De otro lado, se fijó un pago en especie por un valor de 3.610.666.712 pesetas en productos a determinar cada año.

Por su parte, el art. 3 del Convenio con Marruecos se limitó a establecer en 9.000.000 de dírhams el montante de la indemnización a tanto alzado que aquél abonaría a España.

c) *Derecho de España a distribuir el pago como considere oportuno*

En tercer lugar, cada *lump-sum agreement* reconoció el derecho de España de distribuir la indemnización a su criterio, a los beneficiarios correspondientes y dejando completamente al margen, al Estado expropiador.

Así, el art. 1 del Convenio con Marruecos, completado con el art. 4, indicó que el gobierno español se encargaría «de asegurar su reparto a los beneficiarios del presente Convenio». En este caso, una comisión interministerial adjudicó la indemnización recibida de Marruecos unos años después de su entrada en vigor (Diario *El País*, 23 de febrero de 1987).

El art. 3 del Acuerdo con Egipto dejó, igualmente, claras las facultades de España:

> La distribución de la cantidad acordada en el artículo 1 será de la exclusiva competencia del gobierno español, de acuerdo con los métodos de distribución que éste pueda adoptar, sin responsabilidad alguna por parte del gobierno egipcio.

Y, de manera prácticamente idéntica (*mutatis mutandis*), el art. IV del Convenio con Cuba: «La distribución de la cantidad acordada en el artículo I será de la exclusiva competencia del gobierno de España, de acuerdo con los métodos de distribución que éste pueda adoptar, sin responsabilidad alguna por parte del Gobierno de Cuba». Este punto fue desarrollado por España mediante la Ley n.° 19/1990 de 17 de diciembre de 1990, completada por el Real Decreto n.° 324/1991 de 15 de marzo de 1991, por los cuales se creó una Comisión Interministerial Liquidadora a la que se encargó la tarea de atender las reclamaciones de los afectados españoles con cargo a un anticipo que el gobierno adelantó en previsión de los futuros pagos del gobierno cubano.

d) *Terminación de cualquier reclamación contra el Estado expropiador*

En cuarto lugar, los acuerdos desactivaron cualquier reclamación posterior contra el Estado expropiador y, por ende, quedó cancelada su responsabilidad.

De un lado, el art. 5 del Convenio con Marruecos:

> A partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo cada uno de los dos gobiernos se compromete, siempre que el otro gobierno cumpla las obligaciones que le incumban en virtud del citado Acuerdo, a no presentar ni mantener, ante el otro gobierno o ante una instancia arbitral o judicial, las posibles reivindicaciones de sus ciudadanos relativas a los bienes, derechos e intereses contemplados en los artículos 1 y 2 del presente Acuerdo.

De otro lado, el art. 4.1 del Acuerdo con Egipto:

> El gobierno español declara que el pago total de la cantidad global señalada en el artículo 1 de este Acuerdo descargará totalmente al gobierno egipcio de sus obligaciones y responsabilidades respecto de los nacionales españoles por lo que se refiere a todas las reclamaciones señaladas en el artículo 2 del presente Acuerdo, hayan o no sido puestas en conocimiento del gobierno egipcio.

El art. 4.3 sigue diciendo:

> Tras la entrada en vigor de este Acuerdo el gobierno español no respaldará ni presentará al gobierno egipcio las reclamaciones de los nacionales españoles a que se hace referencia, y que se resuelven, en el presente Acuerdo. En el caso de que nacionales españoles presenten tales reclamaciones directamente contra el gobierno egipcio éste las referirá al gobierno español.

Como excepción a lo anterior, debe aclararse que en la Carta Anexa n.º 1 al Acuerdo, el gobierno español mencionó que una serie de ciudadanos españoles no estaban incluidos en la protección del acuerdo; con la Carta Anexa n.º 2 el gobierno egipcio dio su consentimiento a que todos ellos pudieran «ejercer toda acción, a título individual y personal, de acuerdo con las leyes egipcias, ante las autoridades administrativas y judiciales de la República Árabe de Egipto, y sin respaldo alguno del gobierno español, con el fin de obtener la compensación o restitución de sus propiedades».

Finalmente, el art. V del Convenio con Cuba:

e) *Cláusula de la nación más favorecida*

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, dos de los *lump-sum agreements* incluyeron sendas cláusulas de la nación más favorecida, gracias a las cuales sus beneficiarios podrían invocar en el futuro la aplicación de disposiciones más favorables que contuvieren acuerdos similares celebrados con posterioridad por el Estado expropiador.

Así, el art. 6 del Acuerdo con Egipto:

> Cualquier cláusula contenida en acuerdos que la República Árabe de Egipto pueda concluir en el futuro con terceros países con el fin de compensar propiedades, derechos e intereses afectados por medidas similares a las mencionadas en el presente Acuerdo se extenderá a los ciudadanos españoles en tanto en cuanto puedan ser más ventajosas que las que se derivan del presente Acuerdo.

En muy parecidos términos, *mutatis mutandis*, el art. VII del Convenio con Cuba.

4. Relación de los lump-sum agreements con el modelo actual de protección de inversiones exteriores y los estándares de reparación del Derecho internacional general

El arreglo de disputas bajo un *lump-sum agreement* entre el Estado expropiador y el Estado del que son nacionales los propietarios expropiados, se encuentra en la actualidad claramente en desuso, dadas las limitaciones que presenta este tipo de tratados frente al modelo contemporáneo de protección de inversiones exteriores.

Por un lado, si existe un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones («Appri») entre los Estados implicados, los ciudadanos y empresas nacionales de uno de ellos que hayan sido expropiados normalmente, pueden presentar reclamaciones individuales contra el Estado expropiador. Los Appris suelen concederles una acción directa (*ius standi*) contra el Estado expropiador, en particular, ante un tribunal arbitral internacional, y sin necesidad, en muchos casos de litigar previamente ante los tribunales de ese Estado.

En cambio, en un *lump-sum agreement* quien reclama y negocia el pago de la indemnización es el Estado del que es nacional el propietario expropiado, bajo la figura de la protección diplomática, normalmente, tras el agotamiento previo de los recursos locales ante los tribunales del Estado expropiador por parte de los propietarios expropiados (recuérdese la que identificamos como su primera característica distintiva). Además, dada la consideración de la protección diplomática como prerrogativa del Estado y no como derecho subjetivo de sus nacionales, el Estado de la nacionalidad controla completamente la reclamación: puede decidir no presentar ninguna, para no perjudicar las relaciones diplomáticas con el Estado expropiador, o puede conformarse con una reparación simbólica.

Por otro lado, y en relación con el anterior punto, los Appris, en general, definen la indemnización a pagar en caso de expropiación, nacionalización o medida de efecto equivalente de acuerdo con la llamada «doctrina Hull»; es decir, debe ser «pronta, adecuada y efectiva». Sin embargo, la indemnización pagada bajo un *lump-sum agreement*, no tiene por qué cumplir ninguna de esas circunstancias (y de hecho no suele hacerlo; recuérdese la segunda característica distintiva de los *lump-sum agreements*):

i. La indemnización no suele ser *pronta*, pues llega después de una larga negociación entre los Estados (en el caso de Cuba y España, de 1967 a 1986); además, el *lump-sum agreement* puede contener calendarios de pagos que dilaten aún más el abono de la indemnización (por ejemplo, veinte años desde su entrada en vigor).

ii. Sobre todo, la indemnización no suele ser *adecuada*, en tanto que no recoge la verdadera valoración de los bienes y derechos al precio de mercado anterior a conocerse la indemnización, sino que es un montante global por todos los activos expropiados por el Estado. MIRANDA BRAVO, representante de Cuba en negociaciones de estos acuerdos, asegura que la indemnización pagada bajo un *lump-sum agreement* asciende al 20% del valor reclamado por los afectados. En palabras de la misma autora, «no se trata de una compra, sino de una indemnización» (p. 57).

iii. Y no tiene por qué ser *efectiva* en cuanto a la moneda de pago (esto es, en divisa libremente convertible). El Estado puede aceptar que sea abonada con pagos en especie o con títulos de deuda pública del Estado expropiador.

Lo anterior ha llevado a plantear si los *lump-sum agreements* han contribuido a la formación de una costumbre internacional especial, en el ámbito de la responsabilidad del Estado por expropiaciones ilícitas frente a la regla general de reparación integral al afectado, eliminando todos los efectos sufridos por causa del hecho ilícito (art. 31 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; Res. n.° 56/83 de 12 de diciembre de 2001 de la AG ONU). En este sentido, la respuesta ha sido claramente negativa:

i. Por un lado, en pleno apogeo de los *lump-sum agreements*, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica c/ España)* (*ICJ Reports*, 1970, pár. 61), los definió así:

> Specific agreements have been reached to meet specific situations, and the terms have varied from case to case. Far from evidencing any norm as to the classes of beneficiaries of compensation, such arrangements are *sui generis* and provide no guide in the present case.

ii. Por otro lado, algunos tribunales arbitrales como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (en el asunto *Sedco Inc. c/ NIOC*, laudo de 27 de marzo de 1986) o el tribunal *ad hoc* del asunto *Kuwait c/ Aminoil* (laudo de 24 de marzo de 1982) han señalado que los *lump-sum agreements* han sido inspirados por consideraciones no *jurídicas* y que no constituyen una expresión de una *opinio iuris* (elemento espiritual de la costumbre internacional).

Todo esto permite concluir que, en punto a la reparación del daño causado por la expropiación, un *lump-sum agreement* refleja, más bien, una solución política o un compromiso diplomático entre los Estados implicados. En palabras de Ripinsky, «*the contribution of the State practice involving lump-sum agreements to customary international law is doubtful given their quid pro quo, trade-off character, which is not necessarily linked to international legal principles*» (p. 40). Si a ello sumamos que el número de *lump-sum agreements* es muy inferior al de Appris (3.164 en 2011, incluyendo capítulos de inversión en otros acuerdos; *WIR* 2012, p. 84), se puede inferir que los *lump-sum agreements* no representan el estándar jurídico predominante en la materia.

(Autor: José Ángel Rueda García. Abogado-consultor. Madrid).

Referencias normativas: Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir de 2 de marzo de 1973, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 1979 (BOE n.º 244 de 11 de octubre de 1985). Acuerdo entre el gobierno de España y el gobierno de la República Árabe de Egipto sobre Compensación a ciudadanos españoles, hecho en El Cairo el 14 de abril de 1982 (BOE n.º 149 de 22 de junio de 1984). Convenio y Acta anexa entre el Reino de España y la República de Cuba sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986 (BOE n.º 67 de 18 de marzo de 1988; corr. de errores, BOE n.º 94 de 19 de abril de 1988). Ley n.° 19/1990 de 17 de diciembre de 1990, por la que se dictan normas para el cumplimiento anticipado del Convenio entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Cuba sobre indemnizaciones por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba, a partir del 1 de enero de 1959 (BOE n.º 302 de 18 de diciembre de 1990). Real Decreto n.° 324/1991 de 15 de marzo de 1991, de desarrollo de la Ley n.° 19/1990 de 17 de diciembre de 1990, por la que se dictan normas para el cumplimiento anticipado del Convenio entre el Reino de España y el gobierno de la República de Cuba sobre indemnizaciones por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno de la República de Cuba, a partir del 1 de enero de 1959 (BOE n.º 65 de 16 de marzo de 1991).

Referencias bibliográficas: Weston, H.B. «Postwar French Foreign Claims Practice: Adjudications by National Commissions-An Introductory Note». *Indiana Law Journal*, 1968, vol. 43, issue 4, pp. 832-884. Lillich, B.R. y H.B. Weston. *International Claims: The Settlement by Lump-Sum Agreements*. Charlottesville: University of Virginia, 1975. Ruiz Colomé, M.A. «Lump-Sum agreements in Spanish practice». *Spanish Yearbook of International Law*, 1998, vol. 6, pp. 1-30. Weston, H.B., B.R. Lillich y J.D. Bederman. *International Claims: The Settlement by Lump-Sum Agreements 1975-1995*. Nueva York: Transnational Publishers, Ardsley, 1999. Bederman, J.D. «Interim Report on "Lump-Sum Agreements and Diplomatic Protection"». *International Law Association. Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*. New Delhi Conference, 2002, p. 3. Bravo Miranda, O. *Cuba/USA. Nacionalizaciones y bloqueo*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2003, 2.ª edición. Ripinsky, S. con K. Williams. *Damages in International Investment Law*. Londres: Biicl, 2008.

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri). Arbitraje de inversiones. Costumbre internacional. Doctrina Hull. Expropiación (a la luz del Derecho internacional. Inversión. Protección diplomática (conexión con el arbitraje).

M

MALA FE (VER «BUENA FE»)

MEDIACIÓN

Del latín tardío *mediatio*, es la acción y el efecto de mediar, verbo intransitivo que se define como intervenir, interponerse entre dos o más personas para ponerlas de acuerdo [ALCOVER-MOLL].

Desde una perspectiva institucional, la mediación es un proceso de resolución de conflictos, voluntario y confidencial, en el que interviene un mediador, imparcial y neutral, que favorece la comunicación de las partes en un conflicto para que alcancen, por ellas mismas, un acuerdo satisfactorio de conformidad con sus respectivos intereses y necesidades. También se concibe como un medio de prevención, gestión y transformación de conflictos.

En Europa, la presencia de la mediación como procedimiento de resolución de litigios, ha ido en aumento. La Recomendación del Consejo de Europa R (98)1 del Comité de Ministros, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar y la Recomendación del Consejo de Europa R (2002) 10, de mediación en asuntos civiles, y el Libro Verde de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, COM (2002) 196, fueron la simiente de un proceso de implantación de la mediación que culminó con la Directiva n.° 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Su finalidad principal fue el promover la mediación en los conflictos transfronterizos, sin perjuicio de que los Estados miembros, al transponerla, regularan también este procedimiento en su propio Estado, como así ha sido finalmente.

En España, su regulación se contiene en la Ley n.° 5/2012 de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Téngase presente, no obstante, que cada una de las Comunidades Autónomas de España ha venido regulando la mediación, desde el año 2001 hasta la última del 2011: en total, catorce de las diecisiete Comunidades Autónomas disponen de ley, principalmente, en el ámbito familiar, salvo Cataluña –ámbito de Derecho privado– y Cantabria –mediación en general, sin especificar el ámbito–. Por su parte, en Francia, los preceptos de la Directiva han sido adoptados en distintas normas (*Loi n.*° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile; *Loi n.*° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit; *Ordonnance n.*° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la *Directive n.*° *2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale y, finalmentel, Décret n.*° 2012-566 du 24 avril 2012 relatif à l*'accès au dispositif d'initiation aux métiers en alternance*. Véanse en http://www.legifrance.gouv.fr).

Al margen de la regulación de la mediación por los Estados miembro de la Unión Europea (https://e-justice.europa.eu), y por citar un ejemplo, en Suiza, la mediación se prevé en el Código de Procedimiento Civil de 19 de diciembre de 2008, en concreto, en los arts. 213 a 218 y 297 al.2; y la Ley Federal de Enjuiciamiento Criminal aplicable a los menores, de 20 de marzo de 2009, en su art. 17.

En todo caso, la mediación se concibe como un medio autocompositivo de resolución de controversias, por cuanto que son las personas que se hallan en una situación de conflicto las que llegan por sí mismas a una solución mediante acuerdos. El mediador, con su intervención, crea el espacio de comunicación necesario para que las partes puedan verbalizar, expresar sus opiniones y distintos puntos de vista; favorecer un clima propicio para que cada una de ellas pueda expresar su versión de la situación; en su caso, ventilar sus emociones; fijar los puntos concretos de conflicto y propiciar que las propias partes generen opciones de solución. El mediador no es, pues, ni un árbitro ni un juez. A diferencia de lo que sucede en los procesos heterocompositivos de resolución de conflictos (juicio y arbitraje), el mediador no es quien decide el resultado de la controversia a favor de una u otra de las partes. Son ellas mismas las que, a través de la comunicación, pueden llegar a acuerdos que pongan fin a la situación de conflicto.

Mediación y arbitraje comparten, no obstante, la consideración de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o lo que es lo mismo, un medio de resolución de conflictos alternativo al procedimiento judicial. Por

ello, en ocasiones, van de la mano, como se pone de manifiesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), que ha venido regulando no sólo el arbitraje sino también la «conciliación» (léase mediación) en los conflictos que surgen en el comercio internacional al entender que el uso de este método, produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que un conflicto pone fin a una relación mercantil y facilita la administración de transacciones internacionales (véase la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en relación con la Ley Modelo de la Cnudmi sobre conciliación comercial internacional de 2002, sesión plenaria n.º 52 de 19 de noviembre de 2002).

También a nivel internacional es de destacar la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que cuenta entre sus servicios con un Centro de Arbitraje y Mediación, con sede en Ginebra, creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de tecnología y propiedad intelectual a escala mundial por estos medios.

En el sistema arbitral del consumo español, la mediación constituye una fase previa al arbitraje (art. 38 del Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el sistema arbitral de consumo en España): primero se intenta, vía mediación, que las partes lleguen a un acuerdo; si ello no es posible, el árbitro decide la controversia a favor de una o de otra de las partes. Mediación y arbitraje coinciden, además, en que son procesos que deben instarse por voluntad de las partes, pueden ser más económicos (incluso gratuitos, como así sucede en arbitraje de consumo y en mediación si las partes o alguna de ellas goza del beneficio de justicia gratuita) y rápidos que el procedimiento judicial, a la vez que confidenciales.

Difieren, sin embargo, en el hecho de que el laudo arbitral tiene, por sí mismo, carácter ejecutivo, mientras que el acuerdo de mediación deberá revestirse de la forma jurídica necesaria para obtener dicho carácter. En España, la Ley n.º 5/2012 de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dedica los arts. 25 y siguientes a la regulación del título ejecutivo del acuerdo resultante de la mediación. Los títulos que se toman en consideración como ejecutivos, son la escritura pública y la homologación judicial del acuerdo.

En el caso de que la mediación haya tenido lugar antes de iniciarse un procedimiento judicial, las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo de mediación, que es considerado como título ejecutivo, según dispone el art. 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos por la Ley n.º 5/2012.

Será el notario el encargado de comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, así como que el acuerdo no es contrario a Derecho. Si la mediación es intrajudicial, esto es, una vez que el pleito judicial se ha iniciado, el acuerdo alcanzado por las partes en dicha mediación, puede ser aportado al procedimiento judicial para su homologación, en cuyo caso, será el juez el encargado de comprobar que los pactos de las partes no son contrarios ni a la ley, la moral ni el orden público, así como de la capacidad de las partes para prestar su consentimiento.

El procedimiento judicial termina, entonces, mediante auto. En todo caso, según reza el art. 517.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, son a título ejecutivo. Dos son, por tanto, los títulos que la Ley n.º 5/2012 prevé para que el acuerdo de mediación tenga el carácter ejecutivo. Sin embargo, nada impide que, según el ámbito en el que se desarrolle la mediación por razón de la materia, el acuerdo de mediación pueda formalizarse con otro título.

Nos referimos, por ejemplo, al laudo arbitral, también a título ejecutivo, según reza el art. 571.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el ámbito del sistema arbitral de consumo al que anteriormente hemos hecho referencia, si las partes llegan a un acuerdo en mediación, pueden solicitar al árbitro que dicte el laudo, incluyendo en él los pactos alcanzados, de conformidad con las previsiones del art. 36 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. En todo caso, el acuerdo resultante de la mediación en el ámbito civil y mercantil, tiene carácter vinculante (art. 23.3 de la Ley n.º 5/2012).

La mediación se rige por unos principios esenciales: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad.

La mediación es voluntaria en el sentido de que cada una de las partes del conflicto es libre para iniciar y poner fin a dicho procedimiento en cualquier momento. En esta misma línea, la mediación también es voluntaria para el mediador cuando constata que una o todas las partes del conflicto, no tienen la actitud colaborativa que se precisa para llevar a cabo la mediación; es decir, la voluntad de comunicarse con la otra parte, de fijar los puntos de conflicto, de generar las opciones necesarias que solucionen el conflicto.

En algunos ordenamientos jurídicos, la mediación es un proceso obligatorio previo a la vía judicial (Italia), por lo que se podría cuestionar el principio de voluntariedad. Al respecto, puede considerarse que la voluntariedad se centra, en realidad, en el alcanzar o no acuerdos: las partes no están obligadas a llegar a pactos, si ése no es su deseo. En la misma línea, se cuestiona el principio de voluntariedad cuando concurren cláusulas contractuales de sumisión a la mediación. El principio de voluntariedad conlleva que, incluso en caso de haber acordado acudir a la mediación antes de iniciar un procedimiento heterocompositivo, las partes se pueden desistir de la mediación en la sesión constitutiva. Ello, no obstante, si alguna de las partes decide iniciar un procedimiento judicial presentando la correspondiente demanda, sin siquiera intentar la mediación expresada en la cláusula de sumisión, la otra parte, la demandada, puede denunciar la falta de competencia del tribunal mediante declinatoria (art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España).

La confidencialidad es otro de los pilares fundamentales en la mediación, por cuanto que supone, en sentido positivo, que todas las personas que intervienen, directa o indirectamente, en el proceso de mediación, deben preservar la información que se ha obtenido en dicho proceso. Por consiguiente; y, en sentido negativo, no pueden revelarla. La finalidad de dicha confidencialidad no es otra que garantizar la confianza de las partes en un proceso en el que, por encima de todo, se prima la comunicación y la información que, verbal o documentalmente, las partes pueden proporcionar. Si dicha información no quedara preservada con la confidencialidad, las partes no querrían acudir a mediación, con el riesgo de que esta información pudiera ser utilizada por la otra parte en un juicio posterior. La confidencialidad se predica, pues, de la información que se obtiene en mediación. Tiene estrecha relación con el secreto profesional, derecho y deber al que está sujeto el mediador, así como cualquier otro profesional que pueda intervenir en el proceso. En esta línea, el mediador no podrá ser llamado a declarar en juicio como testigo para que revele información de lo que se ha comentado en el proceso de mediación. No es, sin embargo, un principio absoluto, pues caben excepciones, legalmente establecidas, como sería, a título de ejemplo, el caso de que en el proceso se manifieste violencia física o psíquica de una de las partes. El mediador está obligado a denunciar esta situación. La confidencialidad también queda excepcionada por acuerdo de ambas partes, expresada y dejando constancia de dicha renuncia por escrito.

Otros dos caracteres de la mediación son la imparcialidad y la neutralidad, principios muy próximos, susceptibles de ser definidos por separado desde un punto de vista teórico, más difícil de apreciar en la práctica. El mediador es neutral respecto del resultado del proceso de mediación; es imparcial en sus relaciones con las partes (Recomendación R (98) 1E del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998).

Así, en virtud de la imparcialidad, el mediador no se posiciona a favor de ninguna de las partes, no favorece a ninguna de ellas a lo largo del proceso de mediación, respetando los intereses y los puntos de vista de cada una de ellas. Por su parte, como consecuencia del principio de neutralidad, el mediador no orienta a las partes para alcanzar soluciones que les puedan resultar más favorables, de acuerdo con su propia escala de valores, ni tampoco impone acuerdos. Los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben ser llevados al proceso de mediación, imponiendo, de acuerdo con ellos, criterios propios en la toma de decisiones de las partes.

En suma, la esencia de la imparcialidad se halla, pues, en el no favorecer a ninguna de las partes durante el proceso de mediación; la esencia de la neutralidad radica en no imponer una solución, en no influir en ellas. (Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. *Generalitat de Catalunya*. *Departament de Justícia*. Barcelona, 2011, p. 190).

Además de la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad; principios fundamentales de la mediación, algunas legislaciones incluyen otros como son, a título de ejemplo, la buena fe, la cooperación o la flexibilidad, entre otros. Los dos primeros se refieren a las partes; el tercero, al proceso. La buena fe se predica de las partes en conflicto, en el sentido de que actúan con sinceridad y honradez.

Dicha buena fe se presume, por lo que será el mediador quien deberá observar los comportamientos de las partes para detectar necesidades o intereses ocultos que puedan desvirtuar la confianza en el procedimiento, como así podría suceder si la mediación se utiliza, por ejemplo, con finalidades dilatorias, para posponer un eventual procedimiento judicial. Además de la buena fe, las partes deben tener una actitud cooperadora a lo largo de todo el proceso de mediación; es decir, manifestando sus posturas, sus puntos de vista, aportando la documentación que sea necesaria en cada momento y caso concreto, participando activamente en las sesiones que se vayan desarrollando, siendo creativos a la hora de generar las opciones de solución que les permitan alcanzar los acuerdos más satisfactorios posibles, de acuerdo con los intereses y necesidades respectivos que las partes hayan puesto de relieve. La flexibilidad, por otra parte, es un carácter del proceso de mediación que

viene dado por la existencia de unas fases o etapas que se adaptan a las personas y sus circunstancias en cada caso y momento, sin la rigidez que se deriva de, por ejemplo, el procedimiento judicial.

La mediación es un proceso para resolver conflictos en distintos ámbitos. Así, se habla de la mediación internacional, de la mediación familiar, mediación empresarial, mediación escolar, mediación sanitaria u hospitalaria, mediación comunitaria, ciudadana o social (en los barrios o entre vecinos); de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de la mediación penal, de la mediación en consumo, etc., todos ellos calificados en atención al centro del conflicto (la familia, la empresa, la escuela, etc.).

Desde un punto de vista jurídico, la mediación, en cuanto que proceso encaminado a que las partes alcancen acuerdos que pongan fin a la situación de conflicto en la que se encontraban, incide en materias respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. No serán mediables, pues, aquellas cuestiones respecto de las cuales no se pueda disponer, tales como las cuestiones de orden público, a título de ejemplo; el estado civil de divorciado; por ejemplo, que debe ser decretado por la autoridad judicial. Ello no impide, sin embargo, que los futuros excónyuges sí puedan pactar los efectos de la ruptura del vínculo matrimonial, principalmente, en relación con los hijos habidos en común, la vivienda familiar, las pensiones; por lo que estos aspectos sí que son susceptibles de ser acordados por las partes, merced a la intervención de un mediador.

Desde un punto de vista subjetivo, cabe destacar la labor del mediador, profesional experto en la gestión y la comunicación de este proceso, que actúa con imparcialidad y neutralidad. El mediador conducirá el procedimiento, utilizando las técnicas pertinentes, adquiridas tras un período de formación imprescindible, que le capaciten para ejercer su labor con rigor y profesionalidad. Está sujeto a unos deberes, establecidos en un código de conducta o de deontología profesional, y encaminados a garantizar los fines de la mediación. El incumplimiento de dichos deberes puede constituir una infracción que suele graduarse en leve, grave y muy grave, con la correspondiente sanción.

El proceso de mediación se caracteriza, como decíamos, por su flexibilidad. Según cual sea la situación y las personas implicadas, se desarrollarán las fases de un modo u otro, a criterio del mediador, el profesional experto.

Se suele hablar de los modelos de mediación, siendo considerados, principalmente, tres: el modelo tradicional lineal (basado en la negociación de la escuela de negocios de Harvard, para conflictos de tipo económico y en los que el mediador tiene un comportamiento más directivo), el modelo transformativo (en el que la mediación se concibe como un medio que permite transformar la relación de las partes, a través de la revalorización y el reconocimiento, lo que supone rebajar la tensión entre ellas) y el modelo circular narrativo (la comunicación es el elemento esencial que permite construir una nueva historia que tenga en cuenta los contextos de todas las partes, legitimándolos).

Este proceso de mediación puede desarrollarse con las partes del conflicto sentadas en una misma mesa, pero también puede llevarse a cabo a través de los medios electrónicos. De esta utilización de las tecnologías, procesos y productos en el ámbito de la resolución en línea de conflicto, se viene utilizando la expresión de las ODR, acrónimo de la expresión *Online Dispute Resolution*.

En ella, se incluyen todos aquellos métodos (negociación, mediación, arbitraje, etc.) en los cuales se utilizan las tecnologías de la información, de modo significativo, en algún momento del proceso. Es de destacar que estos medios se utilizan, mayormente, en disputas entre empresario y consumidor o entre consumidores, concentrándose los proveedores en Estados Unidos y Europa.

Los datos de algunos trabajos (capítulo 16, http://www.llibreblancmediacio.com/) revelan que la mediación es el medio más extendido, con más de un 74% de los proveedores, seguida por el arbitraje, con más de un 40% de las instituciones. En un mundo cada vez más globalizado, en el que la adquisición de bienes y servicios, a través de las plataformas en Internet, está cada vez más extendido, las ODR constituyen una herramienta eficaz para gestionar los conflictos que puedan originarse en la compraventa; por ejemplo, entre dos personas de distinta nacionalidad de un producto publicado en una determinada página web.

La mediación, a fin de cuentas, no es únicamente una modalidad alternativa al procedimiento judicial, sino que, además, constituye un sistema complementario, en el marco de un sistema de justicia que ofrezca al ciudadano la posibilidad de acceder al medio de resolución de conflictos que pueda satisfacer sus intereses y necesidades en cada caso y momento.

(Autora: Isabel Viola Demestre. Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bas Publishers, 1994. CASANOVAS, P. [*et altri eds.*]: Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. *Generalitat de Catalunya*. *Departamento de Justícia*. Barcelona, 2010. *Diccionari català-valencià-balear*, iniciada por Mn. Antoni Alcover, tomo VI, redactado por Francesc de B. Moll, con la colaboración de Manuel Sanchís Guarner. Palma de Mallorca, 1954. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el Derecho de familia*. Madrid: Editorial Reus, 2006. SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas. Comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolution*. Cámara de Comercio Internacional. Conciliación. *Mini trial*.

MEDIDA ANTIPROCESO (*ANTI-SUIT INJUNCTION*)

1. Definición

Una medida antiproceso o *anti-suit injunction*, es una orden dirigida a una parte por medio de la cual, ésta es requerida para dar cumplimiento a una cláusula de sumisión a una determinada jurisdicción o a un convenio de sometimiento a arbitraje y, para que, en consecuencia, se abstenga de iniciar o de continuar un procedimiento distinto de éstos.

2. Origen

El origen de las medidas antiproceso se encuentra en Inglaterra, y se remonta, al menos, al siglo XV. Su contenido, inicialmente más moral que jurídico, quizá se justifica por el peso que la moralidad ha tenido en ocasiones en las sociedades anglosajonas, de origen luterano.

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.

Con el transcurso 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 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 actuales Estados Unidos de América, donde las *anti-suit injunction* cumplieron una función similar a la descrita, regulando las relaciones jurisdiccionales entre los diferentes Estados–.

3. Naturaleza de las medidas antiproceso; requisitos

Este tipo de órdenes son admitidas en la actualidad, en la generalidad de los países del *common law*. Sin embargo, su aplicación práctica encuentra dos vías de manifestación principales, la inglesa y la estadounidense.

La primera de ellas se configura como una jurisdicción más generosa a la hora de su concesión, mientras que, por su parte, la estadounidense es más remisa a ello.

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 *antisuit 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 señaladas indica, en su art. 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 convinient to do so*»).

La acción en la que se fundamenta la solicitud de adopción de una medida antiproceso, 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.

La naturaleza personal de las medidas antiproceso 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. 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.

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–.

4. Las medidas antiproceso en nuestro entorno jurídico

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 objeto de controlar el desarrollo de un procedimiento arbitral, ya sea para promoverlo; ya, por el contrario, para evitarlo.

Es evidente que la excusa de la protección de intereses públicos de relevancia económica, supone 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, a su vez, que el conocimiento del pleito sea atribuido a los tribunales de su jurisdicción.

Parece claro que pocos agentes estarán interesados en litigar 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 evitarlo.

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*–.

La decisión caso por caso adoptada en cada uno de los expuestos, 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.

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 este sentido, la Unión Europea, ámbito natural de convivencia entre el sistema continental y el de *common law*, 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.

El ámbito de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 y de su tributario Reglamento (CE) n.° 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 por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «Tribunal»).

Esta respuesta ha ido surgiendo al amparo de las cuestiones que se le han ido planteando, fundamentalmente, al hilo de los siguientes asuntos:

a. *Gasser vs. Misat* (sentencia de 9 de diciembre de 2003, Asunto n.° 116/02).
b. *Turner vs. Grovit* (sentencia de 27 de abril de 2004, Asunto n.° 159/02).
c. *Allianz SpA vs. West Tankers* (sentencia de 10 de febrero de 2009, Asunto n.° 185/07).

En el asunto *Gasser vs. Misat* el Tribunal no entra a conocer, específicamente, sobre la compatibilidad de las medidas antiproceso con el ordenamiento europeo, pero sí anticipa el contenido de la que habría de ser su respuesta al respecto.

La *Oberlandesgericht Innsbruck* (Austria) planteó la posibilidad de aplicar una medida antiproceso en el mejor interés de éste y de la tutela judicial del interesado.

En la práctica, se sometía a la decisión del tribunal la oportunidad de (i) obviar 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– y (ii) de que conociera, en consecuencia, del asunto un tribunal distinto –aquél ante el que se ha interpuesto la segunda demanda (en este caso, el tribunal austriaco), en detrimento de aquél ante el que se interpuso la primera (el «lento»; en este caso, la jurisdicción italiana)–.

La respuesta del tribunal fue claramente contraria a ello al indicar que (i) el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda, y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia, debía suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda, se declarara incompetente; (ii) la regla procesal al respecto, contenida en el Reglamento, se basa, clara y únicamente, en el orden cronológico en el que se interpusieron las demandas ante dos órganos jurisdiccionales; y (iii) no pueden establecerse excepciones a las disposiciones del Reglamento cuando la duración de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentra el tribunal ante el que se ha formulado la primera demanda, es excesivamente larga.

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.

Por su parte, en el asunto *Turner vs. Grovit*, la *House of Lords* planteó al tribunal de forma directa, la compatibilidad entre las medidas antiproceso y el Reglamento.

La respuesta del tribunal fue terminante, al señalar la incompatibilidad entre una medida antiproceso y el Reglamento, incluso en el supuesto de que exista mala fe o intención de obstaculizar el procedimiento ya en marcha.

El tribunal considera que la medida antiproceso no puede encontrar amparo ni en su carácter indirecto y personal, ni en un intento de impedir un abuso procesal, ya que esta valoración supone en sí misma una injerencia en el ámbito de la jurisdicción de otro órgano jurisdiccional, incompatible con el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.

El tribunal destaca, igualmente, que tales medidas abrirían la puerta a 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 aquélla, hubiera continuado con el procedimiento, y alcanzado una decisión sobre el fondo del mismo.

Finalmente, en el asunto *Allianz SpA vs. West Tankers*, el TJCE entra a analizar la relación entre el arbitraje y el área judicial europea, y el acomodo de las medidas antiproceso en el ámbito de aplicación del Reglamento.

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 medida antiproceso. La resolución fue recurrida por los demandantes ante la *House of Lords*, quien elevó una cuestión prejudicial al TJCE, planteando la compatibilidad de las medidas antiproceso con el Reglamento n.° 44/2001 en los siguientes términos:

> ¿Es compatible con el Reglamento (CE) n.° 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, declarando incompatibles las medidas antiproceso con el Reglamento; y, con ello, con el marco judicial europeo.

Por una parte, el TJCE entiende que una medida antiproceso contraviene el principio general recogido en el Reglamento n.° 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 medida antiproceso es contraria al principio de confianza recíproca entre los Estados miembro, 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 una medida antiproceso privaría a las partes de una tutela judicial efectiva, ya que si mediante ella 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.

De esta forma el tribunal parece cerrar el debate sobre la posibilidad de adopción de medidas antiproceso en el ámbito judicial europeo.

5. Conclusión

Lo expuesto muestra que 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 *common law*, al amparo de la moral y de la búsqueda de la justicia material, es de difícil aceptación en el Derecho 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.

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.

La respuesta a estos problemas 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 ha sido el escenario más propicio para la aparición de problemas derivados de la aplicación práctica de una medida antiproceso. Por ello, en este ámbito, ha resultado 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 en este terreno.

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.

(Autor: Fernando Lanzon. Clifford Chance. Madrid).

Referencias bibliográficas: Alford, Roger. «Antisuit Injunctions and International Law». La Haya-Londres: Kluwer Arbitration, 2011. Arenas García, Rafael. «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento n.° 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias». Verdera y Tuells, Evelio y José Carlos Fernández Rozas. En *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Madrid: IproLex, 2009, vol. 2, issue n.° 2, pp. 401-247. Bell, Andrew & Justin Gleeson. *The Antisuit Injunction*. Banco Chambers, diciembre 2007. Blechman, Michael D. & Karine E. Garvey. «Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations». En Blake, Gordon y Phillip Landolt. EU and *US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Londres: 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». «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». 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. Partasides, Constantine, Nigel Blackaby, Alan Redfern y J. Martin H. Hunter. *Powers, Duties, and Jurisdiction of an Arbitral Tribunal*. Nueva York: Oxford University Press, International Arbitration, 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. «Reference for a preliminary ruling from the House of Lords». *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 15.8.98, C 258/27. Benayas, Elvira 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 y Limusa Wiley. «Teoría Judicial del Arbitraje Internacional», 2 de julio de 2012. Galliard, Emmanuel. *Pervasive Problems in International Arbitrations*. Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew QC (eds.). *International Arbitration Law Library*. Londres: 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 2007. Goldstein, Marc J. «Arbitrors' 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*. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias (eds.). Madrid: Wölters Kluwer España, vol. 2009, issue 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 20067. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2008. Gorskie, Jennifer L. «US Courts and the Anti-Arbitration Injunction». *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2012, vol. 28, issue 2, pp. 295-323. Kabraji, Kairas N. «Allegations of Corruption Vitiate International Commercial Arbitration, The Pakistan Experience». *Law Conference* 2001, Session reference S17/25. Nueva Zelanda: Christchurch, 2001. Lévy, Laurent. «Anti-Suit Injunctions issued by arbitrors». *IAI International Arbitration Series*, n.° 2. Juris Publishing, Inc., 2005. López de Argumendo Piñero, Álvaro. «Multi-step dispute resolution clauses». Bernardo Cremades David Arias y Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (eds.). Madrid: La Ley, 2010 y en Mondaq, 10/01/2011, 2010-2011. Marchal Escalona, Nuria. «Algunas reflexiones en torno al reglamento (CE) n.° 1348/2000 de 29 de mayo». Diario *La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-129. Madrid: La Ley, tomo 4. Mariño, Manuel J. *Arbitraje. Medida Cautelar*. Buenos Aires: Marval, O'Farrell & Mairal, 31 de julio de 2007. Miles, Hannah. «Anti-Suit Injunctions: The beginning of the end?». *Education & Trainning notes*. Londres: Clifford Chance Uk-L&DR, 12 de julio de 2004. Murray, Rosen QC. «*Anti-Suit Injunctions*». Herbert Smith LLP, 2005. Nazzini, Renato, Gordon Blanke y Phillip Landolt (eds.). «Parallel proceedings before the Tribunal and the Courts/Competition Authorities». *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Londres: Kluwer Law International, 2011, pp. 881-916. Blackaby, Nigel, Constantine Partasides et al. Redfern and Hunter. *The Role of National Courts During the Proceedings on International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2009, pp. 439-464. Duarte, Ricardo. «Anti-Suit Injunctions in the context of International Commercial Arbitration». *Antitrust & Unfair Competition Law Journal*, 48, n.° 3, 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 de 2000), 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.º 7165, Sección Tribuna, 30 abr. 2009, año xxx, Ref. D-155. Madrid: 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 junio 2004, año xxv, Ref. D-145. Madrid: La Ley. Requejo Isidro, Marta. «*West Tankers*: otra vez no a las *antisuits injunctions*». Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas (eds.). *Arbitraje*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. IproLex, 2009, vol. 2, issue 2, pp. 429-437. Scherer, Matthias y Werner Jahnel. «Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International

Arbitration: a Swiss Perspective». *International Arbitration Law Review*, vol. 12, issue 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». Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas (eds.). *Arbitraje*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. IproLex, 2009, vol. 2, issue 2, pp. 439-458. Stacher, Marco. «Enjoining Foreign Litigations and Arbitration - Beholding the System from Outside». Cornell Law School Graduate Student Papers. Paper 8, 2005. *The Britannica Online Encyclopedia*, 2012, Encyclopædia Britannica, Inc. Tribunal de Justicia (Pleno), Asunto C159-2002, *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 noviembre 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. Cornell International Law Journal 2003, pp. 212-213. «Bristish Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members».

Medidas cautelares

Se ha dicho, no sin razón, que las medidas cautelares pueden ser tan importantes como la decisión en cuanto al fondo, por lo que la existencia de un régimen uniforme se torna en un objetivo esencial para el desarrollo y el éxito del arbitraje comercial internacional. La deseada y necesaria uniformidad del arbitraje –la globalidad normativa– ha venido de la mano de la Cnudmi/Uncitral. Por ello, las líneas que siguen estarán centradas en el régimen jurídico sobre las medidas cautelares, elaborado por la Cnudmi.

El grupo de trabajo II de la Cnudmi sobre arbitraje y conciliación, bajo la presidencia del delegado de México, el profesor José María Abascal Zamora, necesitó más de seis años para concluir su trabajo en materia de medidas cautelares, aprobando en 2006, el nuevo Capítulo IV A de la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, por el que se dota a las medidas cautelares; y también a una institución novedosa, las órdenes preliminares, de un régimen jurídico completo frente a la parquedad de las leyes de arbitraje y del original art. 17 LMA (facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares) que se ve superado por la nueva regulación.

Este precepto que fue importante en su momento, fue introducido en la legislación de numerosas leyes de arbitraje, sobre todo, aquéllas que implementaron la Ley Modelo: art. 17 Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 1993 (Federación Rusa); Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 (Chile); art. 24 Ley de Arbitraje de 2003 (Japón) y el art. 1433 Código de Comercio de México.

Si bien el art. 17, en su redacción de 1985 fue un paso importante, sin duda lo es el nuevo régimen reformado en el año 2006.

El nuevo Capítulo IV A se refiere a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares en un amplio art. 17, letras A a J, que se divide en cinco secciones, compartiendo las dos mencionadas instituciones la sección 3.ª. Este régimen ha sido literalmente adoptado también por el nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (2010), si bien no en relación con el régimen jurídico de las órdenes preliminares.

El art. 26 del Reglamento Uncitral (2010) ha variado notablemente la regulación bajo el art. 26 del Reglamento de 1976, siguiendo, tal y como hemos indicado, la redacción que la Cnudmi aprobó en el año 2006 del art. 17 de la LMA.

El párrafo 1 del art. 17 revisado, comienza su redacción estableciendo como principio general la facultad de los árbitros para otorgar medidas cautelares. La regla, como sucede en numerosísimas cuestiones arbitrales, no sólo está sujeta al principio rogatorio o dispositivo; y, en consecuencia, a la petición de una de las partes, sino que además cede ante el acuerdo en contrario de las mismas.

Esta nueva formulación está en plena consonancia con el art. 17 en su primera versión de la Ley Modelo, confirmándose dos principios generales aplicables a las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: la petición a instancia de parte y la primacía del principio de autonomía de la voluntad (consagrado también en el art. 28.1 Reglamento CCI (2012):

> Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas.

Vid. no obstante, el art. 47 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Ciadi), donde se prevé que el tribunal arbitral puede emitir de oficio una medida cautelar).

Frente al silencio de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, silencio por otra parte habitual en numerosas leyes de arbitraje, la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares en nuestro país, hoy es admitida gracias a la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, que en su art. 23 se refiere, indubitadamente, al poder de los árbitros de ordenar medidas cautelares; a éste siguen los Reglamentos de Arbitraje más importantes de nuestro país (véase art. 20 Corte Española de Arbitraje; art. 29 Corte de Arbitraje de Madrid; art. 23 Corte de Arbitraje de Valencia y art. 22 Corte Vasca de Arbitraje).

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) vigente desde el año 2000, vino parcialmente a paliar esta penosa situación, admitiendo expresamente la concesión de medidas cautelares por los jueces españoles instrumentales de un procedimiento arbitral (arts. 722 y ss. LEC).

Pese a los preceptos de la LEC que, desde luego, permiten la asistencia o apoyo de los tribunales del Estado al arbitraje en esta materia, lo cierto es que ésta no se pronuncia acerca de si los árbitros pueden adoptar medidas cautelares.

Así las cosas, finalmente, en el año 2003, con la aprobación de la vigente LA, la concesión de tutela cautelar a los árbitros, es ya una realidad indiscutible.

En este sentido, contrasta la situación de nuestro país con la de otros países donde la potestad de otorgar medidas cautelares, se reserva a los jueces.

La medida cautelar aparece definida en el nuevo art. 17.2 LMA, como toda medida temporal por la que se ordene a una de las partes que:

a. Mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia;
b. Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que, probablemente, ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
c. Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
d. Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

La definición proporcionada aunque, aparentemente, cerrada, es lo suficientemente elástica como para incluir un elenco muy variado de hipótesis susceptibles de provocar la solicitud de una medida cautelar. Frente al sistema de lista que se emplea en algunos ordenamientos jurídicos, y por las que se especifican singularmente las medidas cautelares que se pueden adoptar, siendo éste el caso de la LEC española (art. 727), si bien proporciona una cláusula general a modo de cierre (art. 727.11), la Ley Modelo opta por categorías generales amplias donde caben encuadrar las más variadas medidas cautelares.

Se presenta este precepto como una novedad y con marcado efecto pedagógico, ya que, usualmente, los reglamentos de arbitraje ni definen a la medida cautelar ni ejemplifican los supuestos por los cuales se otorgarán dichas medidas. Cuando excepcionalmente lo hacen, el elenco de situaciones descritas se concretan en los supuestos más habituales de medidas cautelares. Así, en el art. 26.1 Reglamento Cnudmi (1976) de Arbitraje, se refiere a medidas destinadas a la conservación de los bienes, tales como el depósito de los mismos o la venta de los bienes perecederos. Véase, además, entre otras, art. 25.1 *London Court of International Arbitration Rules* (LCIA), en vigor desde el 1 enero 1988; y art. 46 Reglas OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Industrial).

Además, frente a la redacción original del art. 17, en las nuevas disposiciones modelo se desvincula a la medida cautelar del objeto del litigio. Se amplía expresamente de esta forma el objeto de la medida cautelar, que puede abarcar no sólo al objeto o a la relación jurídica controvertida, sino a otras situaciones que excedan de la relación jurídica como las contempladas en los apartados a), b) o c) del art. 17.2 LMA.

Así, en el apartado a) podrían tener cabida las medidas cautelares dirigidas a mantener la confidencialidad del proceso que, como tales, no tendrían cabida en la redacción original del art. 17 LMA.

Especial mención en relación con el apartado b) indicado, puede hacerse a las conocidas como *anti-suit injunctions* (medidas anti-proceso); esto es, una orden del tribunal arbitral por la que se prohibiese acudir ante un juez estatal para iniciar ante él, el litigio principal, o incluso, para que se desista de una demanda ya iniciada ante un tribunal estatal, por ejemplo.

Estas *anti-suit injunctions*, en nuestra opinión, y pese a la ardua discusión generada en el seno del Grupo de Trabajo, estarían enmarcadas en el ámbito de la LMA; y, por lo tanto, pueden ser consideradas como un tipo de medida cautelar. En relación con el apartado c), se incluirían, por ejemplo, como una medida cautelar, las garantías relativas a los costes del arbitraje (*security for costs*); medida que se ha considerado de forma mayoritaria que no entraría en el tenor original del art. 17 LMA. Cuestión diferente es la conveniencia o no de otorgar dicha medida por el árbitro.

La LA española sigue en este punto a la redacción original del art. 17 LMA, de ahí que la doctrina se muestra conservadora, ligando la competencia arbitral para dictar una medida cautelar con el objeto del arbitraje por razón de su instrumentalidad. Entendemos que esta posición doctrinal habrá de revisarse necesariamente a la luz de las nuevas disposiciones de la Cnudmi.

En cuanto a la forma, se establece que la medida cautelar puede adoptar o no la forma de un laudo (art. 17.2); en sentido similar, el art. 28.1 del Reglamento CCI (2012) dispone:

> Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo, según el tribunal arbitral lo estime conveniente.

Este reconocimiento expreso de la liberalidad, en cuanto a la forma de la medida, que ha sido adoptado también en el art. 23.2 LA, ha de verse en conjunción con el sistema de reconocimiento y ejecución de la medida que se prevé en el nuevo Capítulo IV LMA, evitándose, de este modo, la denegación del exequátur de la medida cautelar, por no adoptar la forma de un laudo o por no constituir un laudo obligatorio.

El art. 17 A.1 establece las condiciones para el otorgamiento de la medida cautelar típicamente acogidas para esta institución, tanto en los ordenamientos internos como en la práctica del arbitraje internacional:

- El *fumus bonis iuris* o la apariencia de un buen derecho, esto es, la existencia de un principio de prueba de su derecho, confirmando, además, el art. 17 A.1 b) que la determinación a que llegue *prima facie* el tribunal arbitral, no prejuzgará toda determinación subsiguiente.

- La existencia del *periculum in mora*, esto es, el peligro por la mora procesal: necesidad de evitar un peligro notable o el agravamiento del litigio. En particular, el criterio de la mora procesal fue desarrollado también en la práctica de los tribunales de queja entre Irán y EE.UU. (*Iran-US Claims Tribunal*) al hilo del art. 26 del Reglamento de Arbitraje de Uncitral. Se trata del concepto del *irreparable harm*, que recibe una formulación más internacional y menos exigente en el texto de la Ley Modelo: «De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada».

Junto a ello, el precepto se refiere al estándar o nivel de demostración que el solicitante de la medida deberá emplear frente al tribunal arbitral. El solicitante no ha de probar dichas condiciones, sino que le basta con desplegar la actividad necesaria para *convencer* (*shall satisfy*) al tribunal, de que ambos concurren en el caso en cuestión. Una posible excepción a la aplicación de las condiciones mencionadas, se hace en relación con las medidas cautelares dirigidas a preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (art. 17.2 d) LMA), y es que, tanto el *fumus bonis iuris* como el *periculum in mora*, sólo se aplican «en la medida en que el tribunal lo estime oportuno» (art. 17 A.2).

Se prevé que el tribunal arbitral pueda modificar, suspender o revocar toda medida cautelar. Dicho poder actúa, ya sea a instancia de parte o de oficio, aunque en este último caso, su actuación queda supeditada a que concurran circunstancias excepcionales y a la previa notificación a las partes. Si se produce alguna de las circunstancias enunciadas en el art. 17 D, en relación con una medida cautelar, se origina para la parte que esté solicitando o haya obtenido su reconocimiento o ejecución, el deber de comunicar la decisión arbitral al tribunal nacional competente (art. 17 H.2).

Se prevé, igualmente, que el tribunal arbitral pueda exigir al solicitante que preste una garantía adecuada respecto de la medida o la orden. En este sentido, se pronunciaba, también, el art. 17 LMA en su primera versión.

La caución ha sido tradicionalmente considerada como un presupuesto de la medida cautelar, de forma que, salvo que el reglamento arbitral dispusiese lo contrario, debía pedirse al solicitante de la medida, el depósito de una garantía. Se formula, pues, en términos de condición.

Si el tribunal llega al convencimiento de que no debería haber otorgado la medida, condenará al solicitante de la medida al pago de las costas y de los daños y perjuicios ocasionados. La disposición impone una regla de distribución de las costas y de los daños y perjuicios que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en las reglas de arbitraje.

Por lo que atañe al momento de su otorgamiento, la medida podrá concederse una vez que se constituya el tribunal arbitral, y hasta el momento previo a la emisión del laudo por el que se dirime definitivamente la controversia (art. 17.2). No se ha previsto, pues, en la nueva regulación de la Cnudmi, mecanismos complementarios que posibiliten el recurso a un preárbitro o la formación urgente de un tribunal para que decida acerca del otorgamiento de una medida cautelar antes de la formación del tribunal que dirimirá sobre el fondo.

Algunos reglamentos sí prevén expresamente dichos mecanismos. *Vid*. por ejemplo, art. 29 árbitro de emergencia, Reglamento CCI (2012), junto con el Apéndice V, que permite que las partes confieran, mediante acuerdo a un tercero, la decisión acerca de medidas cautelares, antes de que se forme el tribunal arbitral o estatal competente. Así como la modificación operada el 1 de mayo de 2006 en las Reglas de Arbitraje de la ICDR, cuyo art. 37 permite a las partes que urgentemente lo necesiten, obtener medidas cautelares con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral. En este caso, se nombrará un árbitro que decidirá únicamente sobre el otorgamiento de la medida cautelar, sin que pueda formar parte, posteriormente, del tribunal que dirimirá la disputa, a menos que las partes lo acuerden.

Esta regla es corolaria de otra reconocida en el art. 9 LMA por la que la potestad de otorgar medidas cautelares recae, tanto en los tribunales arbitrales como en los judiciales, sin que el recurso a la sede judicial, una vez nombrados los árbitros, implique una renuncia al arbitraje, sin que deje de reconocerse que la naturaleza contractual del arbitraje, lleva a que la sede natural para el otorgamiento de las medidas cautelares resida en los árbitros, y sin que deban permitirse las cláusulas de arbitraje por las que las partes renuncian a la competencia de los tribunales estatales.

Así, se reconoce ya universalmente, superándose una visión exclusivista de la jurisdicción estatal en relación al otorgamiento de medidas cautelares. *Vid*. art. VI 4 Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional. Y art. 11.3 LA (España), aunque resaltar que en nuestro país la cuestión era muy discutida bajo la Ley de Arbitraje de 1988, no faltaron interpretaciones favorables a la emisión de medidas cautelares por los árbitros. Con la vigente Ley de Arbitraje, la cuestión es clara y se enuncia la plena compatibilidad entre el arbitraje y la jurisdicción nacional en el art. 11.3 LA, y la Exposición de Motivos LA, que a la letra dice: «Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal».

Este reconocimiento universal al que nos estamos refiriendo, también se da en los reglamentos de arbitraje: art. 26.3 del Reglamento Cnudmi de arbitraje (1976 y 2010); art. 28.2 Reglamento CCI (2012); art. 21.3 Reglas ICDR; art. 31.2 Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 38.4 Reglas NAI; art. 46 d) Reglas OMPI; art. 33 Corte Euro-Americana de Arbitraje; art. 21.4 Reglas Modelo Mercosur; y art. 23.3 Reglas Camca.

No obstante, se observa una tendencia en algunas leyes de arbitraje y reglamentos hacia una consideración de la intervención de los tribunales estatales de forma subsidiaria al arbitraje, una vez que se ha constituido el tribunal arbitral, de forma tal que las medidas cautelares deben ser otorgadas por los árbitros, y sólo de forma excepcional por los jueces.

Así, en la sección 28 de la Ley ADR (*Alternative Dispute Resolution Act*) de Filipinas (2004), donde se indica que el tribunal arbitral sólo podrá acudir a los tribunales judiciales para que dicten una medida cautelar «to the extent that the arbitral tribunal has no power to act or is unable to act effectively, the request may be made with the Court»; *Uniform Arbitration Act* del año 2000 (EE.UU.), supeditando la actuación de los jueces a los casos de urgencia o en los supuestos en que el árbitro no es capaz de actuar a tiempo o si el árbitro no puede proporcionar un remedio adecuado; y en la Ley inglesa (*English Arbitration Act*, 1996, sección 44.5).

No obstante, ha de precisarse, en primer término, que en el Derecho inglés la partes han de otorgar expresamente este poder a los árbitros, lo que sucede también de forma indirecta si se acuerda la aplicación de un reglamento de arbitraje que expresamente permita a los árbitros adoptar dichas medidas; y, en segundo lugar, que los árbitros en el Derecho inglés tienen prohibido el otorgamiento de medidas cautelares *inaudita altera parte*, las conocidas como «Anton Piller Orders» y «Mareva injunctions».

En relación a los reglamentos, pueden citarse los arts. 25.3 de las Reglas LCIA que supedita la actuación del juez a casos excepcionales; y el art. 28.2 de las Reglas ICC, que se refiere a que concurran «circunstancias apropiadas» para acudir a los tribunales estatales.

Más exigente, en cambio, la Regla 39.6 del Reglamento del Ciadi, al exigir el acuerdo expreso de las partes:

> Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

Este precepto está sometido a dos interpretaciones, una literal, por la que el tribunal arbitral del Ciadi será el único y exclusivamente competente en materia de medidas cautelares, salvo manifestación expresa en contrario de las partes (Fernández Masiá, Enrique. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 212-223); y otra más flexible por la que no se impediría la participación de los tribunales judiciales para recomendar medidas provisionales (Rodríguez Jiménez, Sonia. *Cooperación juez-árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965. Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*. Madrid: Colex, 2005, pp. 921-924). Nótese que se habla de «recomendaciones», lo que implica que carecen de fuerza jurídica obligatoria, aunque el tribunal podrá tomar en consideración la conducta de la parte incumplidora de la recomendación (Fernández Masiá, pp. 224-225).

Pese a lo indicado, todavía hoy existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a los árbitros la potestad de otorgar medidas cautelares, si bien la tendencia en las leyes de arbitraje modernas, es la de otorgar dicha facultad a los árbitros.

La sección 4.ª del nuevo Capítulo IV A, se ocupa del régimen jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución de la medida cautelar, cubriendo así un importante vacío en la regulación original del art. 17.

Se erige así una de las piedras angulares del sistema, puesto que si bien puede decirse que los árbitros tienen el poder de emitir una medida cautelar, no disponen del poder coercitivo para su ejecución. La instauración del sistema es importante de cara a superar las dudas interpretativas que surgen ante la falta de un régimen expreso en la materia. Se evita así la denegación del exequátur de la medida provisional al amparo del Convenio de Nueva York, por no adoptar la forma de laudo (por ejemplo, si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial) o, incluso, aunque se adoptase dicha forma, por no tratarse de un laudo propiamente dicho, esto es, una decisión final u obligatoria sobre la controversia.

Con el nuevo régimen, que no es aplicable a la orden preliminar, toda medida cautelar será ejecutable con independencia de la forma que adopte, ya sea una mera orden o un laudo. Con todo, ha de reconocerse que la práctica del arbitraje comercial internacional demuestra el alto grado de cumplimiento voluntario de las medidas, lo cual no es de extrañar, porque normalmente el tribunal que concede la medida cautelar, examinará el fondo del asunto, por lo que no cumplir con la orden del tribunal significa empezar con «mal pie» el procedimiento arbitral.

Además, los árbitros disponen de otros mecanismos para asegurarse el cumplimiento de la medida, al margen del recurso a los tribunales estatales: el tribunal podrá extraer consecuencias adversas para la parte recalcitrante al cumplimiento; esta parte podrá ser responsable de las costas y de los daños y perjuicios causados; o, si procede, el tribunal le impondrá una pena.

En cuanto al tribunal judicial competente para la ejecución, se ha de resaltar que el art. 17 H.1 no hace exclusivamente competente al tribunal del Estado donde fue ordenada la medida, por lo que puede decirse que serán competentes, bien los jueces del lugar donde deba hacerse efectiva la medida, bien los del lugar de la sede del arbitraje.

Por lo que atañe al régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares; y, particularmente, en lo que respecta a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución se sigue, acertadamente en nuestra opinión, en la medida de lo posible los arts. 35 y 36 LMA, en relación con el reconocimiento y ejecución de los laudos; y, por ende, el régimen del CNY de 1958.

La última de las disposiciones sobre medidas cautelares intenta cubrir un vacío legal de algunos ordenamientos jurídicos que no han previsto que los tribunales judiciales puedan prestar auxilio judicial a los árbitros ordenando medidas cautelares, o que sólo lo han previsto en relación con arbitrajes que se sustancian en su territorio.

De esta forma el art. 17 J señala que:

> El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Thomson/Civitas, 2006. CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. *El procedimiento arbitral* (Ley n.° 60/2003, 23 diciembre 2003, de Arbitraje). Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004, p. 331. *Id*. «La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares». *Anuario Justicia Alternativa*, 2004, n.° 5, pp. 85-106. DONOVAN, D.F. «Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders». *International Court of Arbitration Bulletin*, 1999, vol. 10, n.º 1, p. 68. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: McGraw Hill, 1996. HUERTA DE SOTO HUARTE, Sonsoles. «The Effective Adoption of Interim Relief». *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2010, n.° 7, pp. 79-92. HUNTLEY, Christopher. «The Scope of Article 17: Interim Measures Under the Uncitral Model Law». *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2005, vol. 9, n.° 1, pp. 71 y ss. LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa. *Medidas cautelares en el arbitraje commercial internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. MALINVAUD, Carole. «Modification de la Loi Modèle Cnudmi sur les mesures intérimaires: un texte de compromise sur les mesures ex parte». *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIE siècle: aspects de droit comparé*. FAUVARQUE-COSSON, B. *et* A. WALD (dirs.). París: Société de législation comparée, 2008, pp. 61-71. PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la Cnudmi». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, n.° 2, pp. 87-123. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Cooperación juez-árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965. Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*. Madrid: Colex, 2005. YESILIRMAK, Ali. «Provisional Measures». En *Pervasive problems in international arbitration*. MISTELIS, Loukas A. y Julian D.M. LEW. Londres: Kluwer Law International, 2006.

Vocablos conexos: *Anti-suit injunction*. Cnudmi. Exequátur. Laudo. Órdenes preliminares.

MEDIDAS COMPENSATORIAS EN EL MERCOSUR

El tema de las medidas compensatorias está íntimamente relacionado con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de los laudos arbitrales en el Mercosur (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur»). Por ello, el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur le dedicó a este tema dos artículos referidos, respectivamente, a la facultad de aplicar medidas compensatorias (art. 31) y a la facultad de cuestionar tales medidas (art. 32).

Por lo que se refiere a la facultad de aplicar medidas compensatorias, ésta surge cuando el Estado obligado por el laudo no cumple, a juicio del Estado beneficiado, total o parcialmente, el laudo arbitral, tras vencer el plazo previsto para su cumplimiento. A esta apreciación del Estado beneficiado por el laudo le sigue la potestad, también unilateral, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes. Esta facultad del Estado beneficiado tiene dos condiciones muy concretas: estas medidas compensatorias se pueden comenzar a aplicar durante el plazo máximo no prorrogable de un año, contado a partir del día siguiente al término del plazo para el cumplimiento del laudo; y su imposición está encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. En cualquier caso, el Estado beneficiado puede imponer medidas compensatorias con independencia de que recurra o no al procedimiento previsto en el art. 30 para la solución de diferencias sobre el cumplimiento de los laudos.

El Estado beneficiado por el laudo que decida imponer medidas compensatorias debe cumplir dos obligaciones de comportamiento. Ese Estado «procurará», en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. Si considera unilateralmente que esta posibilidad es impracticable o ineficaz, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esta decisión. En segundo lugar, las medidas compensatorias que vaya a adoptar, las deberá notificar formalmente al Estado que deba cumplir el laudo con una anticipación mínima de quince días.

Correlativamente, el Protocolo de Olivos reconoce al Estado obligado por el laudo la facultad unilateral de cuestionar tales medidas compensatorias. No obstante, el Protocolo de Olivos ha reducido a sólo dos, y creemos que hay más, los motivos que el Estado obligado por el laudo puede alegar para cuestionar las medidas compensatorias. El primer motivo es que exista un desacuerdo sobre el grado de cumplimiento del laudo. Es posible que el Estado beneficiado por el laudo arbitral aplique medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del laudo, pero el Estado obligado puede estimar que las medidas adoptadas son suficientes en sí mismas para darlo por cumplido.

En este caso, el Estado obligado dispone de un plazo de quince días, contados desde la notificación de las medidas compensatorias que se le van a imponer, para llevar la situación a la consideración del tribunal arbitral *ad hoc* o del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), según corresponda (véanse las voces «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur» y «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»), quienes tendrán un plazo de treinta días para pronunciarse al respecto.

El segundo motivo se da en caso de que el Estado obligado a cumplir el laudo considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas. Para este motivo, los plazos para poner en conocimiento del tribunal que corresponda esta situación y para su pronunciamiento son los mismos que para el motivo anterior. Cuando se alegue el segundo motivo, el tribunal que corresponda deberá evaluar, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicar en su caso las medidas compensatorias en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

Si el pronunciamiento del tribunal competente fuera favorable al Estado obligado por el laudo principal, el Estado que adoptó las medidas compensatorias deberá adecuarlas a la decisión del tribunal en un plazo máximo de diez días, salvo que el tribunal establezca un plazo diferente. Nada se dispone para el supuesto de que el pronunciamiento sea favorable al Estado que impuso las medidas compensatorias. Obviamente, éstas continuarán vigentes, pero el hecho de que no se haya previsto ninguna consecuencia adicional puede convertirse en un aliciente para que el Estado obligado por el laudo principal recurra siempre ante el tribunal competente, la imposición de medidas compensatorias, pues nada tiene que perder.

Creemos que el intento del Protocolo de Olivos de someter a control jurisdiccional las diferencias que puedan surgir acerca del cumplimiento del laudo, es insuficiente y, en consecuencia, debieran haberse previsto otros motivos que facultasen a las partes en la controversia a someter tales divergencias al tribunal competente en cada caso. Hemos señalado que la imposición de medidas compensatorias está sometida a una premisa (que el Estado obligado no cumpla total o parcialmente el laudo tras vencer el plazo de su cumplimiento) y a dos condiciones.

Es en relación a estas dos condiciones donde surgen los problemas. Una de estas condiciones consiste en que la imposición de medidas compensatorias esté encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. ¿Qué ocurre si el Estado obligado entiende que las medidas impuestas no responden a esta finalidad, sino a otra distinta? Una interpretación amplia acerca de lo que son «medidas excesivas» podría cubrir esta laguna. Pero, más difícil de solucionar es la controversia que surge cuando lo que se cuestiona es la otra condición; es decir, cuando el Estado obligado alegue que la imposición de medidas compensatorias se ha producido después de vencido el plazo de un año que el Estado beneficiado por el laudo dispone para ello. En este supuesto, ninguno de los dos motivos previstos en el Protocolo de Olivos (diferencias sobre el cumplimiento del laudo o medidas excesivas), da cobertura procesal a esta pretensión.

Tampoco se ha previsto ningún control jurisdiccional relativo a la terminación de la vigencia de las medidas compensatorias. Puede ocurrir que un Estado beneficiado por un laudo aplique correctamente medidas compensatorias al Estado obligado que no cumpla el laudo en el plazo previsto. En estos casos, lo más frecuente es que el Estado obligado llegue a realizar un cumplimiento tardío del laudo arbitral. Pero, cumpliendo el laudo, aunque sea tardíamente, el tenor literal del Protocolo de Olivos no le proporciona ningún motivo para llevar esta situación a la consideración del tribunal competente, exigiendo la terminación de las medidas compensatorias correctamente impuestas.

La regulación que el art. 32 del Protocolo de Olivos contiene acerca de la posibilidad del Estado obligado de alegar como motivo ante el tribunal competente que sí ha cumplido el laudo, está concebida para cuando esta controversia se plantee al término del plazo previsto para su cumplimiento y no para los casos de cumplimiento tardío. Una posibilidad de subsanación sería que el Estado obligado pudiera alegar este primer motivo ante el tribunal competente en el plazo de quince días contados, ya no desde la notificación formal de que se le van a imponer medidas compensatorias, sino desde la adopción de las medidas correspondientes que den efectivo cumplimiento al laudo.

Pero, esta interpretación contradice el tenor literal del art. 32. En nuestra opinión, tampoco se trata de un supuesto de «medidas excesivas», ya que este motivo supone que se puedan seguir aplicando medidas compensatorias, aunque por una cuantía menor o en un sector diferente, cuando en realidad se trata de medidas compensatorias que se deben dar por terminadas al haber desaparecido la causa que provocó su adopción.

Una interpretación literal del Protocolo de Olivos puede causar problemas prácticos en el supuesto en que el Estado beneficiado, por un laudo aplique medidas compensatorias; y, simultáneamente, lleve a consideración del tribunal competente, una controversia sobre el cumplimiento del laudo, de conformidad con el art. 30.

No se puede descartar la posibilidad de que el tribunal competente llegue a pronunciarse a favor del Estado obligado por el laudo principal. Pronunciamiento que puede, a su vez, referirse a dos hipótesis distintas: primera, que las medidas adoptadas por el Estado obligado por el laudo principal son en sí mismas suficientes para dar por cumplido el laudo principal; segunda, que el tribunal competente constate un incumplimiento parcial del laudo principal, pero en un grado o cuantía inferior al pretendido por el Estado beneficiado por el laudo principal.

Las consecuencias jurídicas de ambos pronunciamientos son distintas, aunque ninguna se ha previsto en el Protocolo de Olivos. En la primera hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debe acarrear la nulidad automática y absoluta de las medidas compensatorias impuestas, así como la obligación de indemnizar por todos los perjuicios causados al Estado obligado por el laudo principal. En la segunda hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debe implicar la modificación inmediata de las medidas compensatorias impuestas para adecuarlas a su decisión, así como la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, debido a los excesos de tales medidas.

En todo caso, resulta paradójico, en nuestra opinión, que el Protocolo de Olivos contemple expresamente las consecuencias de la posibilidad de incumplimiento de un laudo arbitral principal, una vez vencido el plazo previsto para su cumplimiento, y no contemple; sin embargo, la posibilidad de que lo que se incumpla, sea el pronunciamiento del tribunal competente acerca de si se ha cumplido o no el laudo principal.

(Autor: Valentín Bou Franch, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Valencia. OrcidId: 0000-0002-4046-6337).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMIN FERRAZ, Daniel y Sandra PICART GARCÍA. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversias en el Mercosur». En BOU FRANCH, Valentín (coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. BOU FRANCH, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el Mercosur». *Anuario euro-peruano de Derecho del comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. REY CARO, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. «El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur: una reforma en clave continuista». *Anuario de Derecho europeo*, 2003, n.º 3, pp. 177-198. DREYZIN DE KLOR, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el Mercosur. Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur.

MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

El concepto de medidas equivalentes a la expropiación *(measures tantamount to expropriation),* tiene su origen, para la doctrina, en el término *takings*, el cual fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos de América en su quinta enmienda, cuyo significado es el de medidas equivalentes a la expropiación. (DE COSSÍO GONZÁLEZ, Francisco. *Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversión*).

> La Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la cual forma parte de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, está relacionada con el procedimiento legal. Sus garantías provienen del Derecho común británico, como se estableció en la Carta Magna, en 1215. Por ejemplo, el Gran Jurado y el «debido proceso» encuentran su origen en la Carta Magna. *Wikipedia.*

En inglés,

> No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Y en español,

> Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

El sentido gramatical de la expresión «medidas equivalentes», alude implícitamente a la expropiación formal, que es lícita y cuyo significado para el *Diccionario de Uso del Español María Moliner,* es el de «quitarle a alguien legalmente una cosa pagándole la indemnización correspondiente». La expropiación hecha conforme a Derecho, aunque es lícita y poco común, aparece autorizada en los textos constitucionales (en América Latina; *v. gr.,* el art. 47 de la Constitución Política de la República de Panamá, el art. 58 de la Constitución de Colombia) e igualmente en el Derecho internacional, siempre que atienda a tres requisitos básicos: *1)* Que se haga por razones de orden público e interés social. *2)* Debe respetar el principio de legalidad y sujetarse a un proceso. *3)* La expropiación conlleva la obligación de pagar una indemnización.

Estos requisitos no han de cumplirse en la expropiación que emerge al margen de la ley, también denominada indirecta, ya que provienen de medidas que causan una erosión patrimonial que priva al propietario del uso y disfrute de la misma, sin que la titularidad de la propiedad cambie, tal como ocurre en la expropiación formal o directa, amparada en nuestros códigos civiles, tales como el de Panamá, en el art. 338, el de Uruguay, en el art. 492, el de México en el art. 831, el de España en el art. 349. Éste es el civilismo cultural expropiatorio contrapuesto al Derecho (emergente) de inversiones, contenido en los tratados, bilaterales (BIT) y multilaterales, que reconocen los derechos sustantivos y procesales, que gobiernan la materia y que obligan a indemnizar.

El art. v, literal 2 del Tratado Franco-Panameño de 1982 (Appri), similar a otros tratados, preceptúa:

> Las Partes contratantes no tomarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea desposeer, directa o indirectamente a los nacionales y a las sociedades de la otra Parte, de las inversiones que le pertenezcan en su territorio y en sus zonas marítimas, a no ser que sea por razones de utilidad pública o de interés social, y siempre y cuando dichas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso específico sobre el particular. Las medidas de desposesión que pudieran tomarse, deben hacerse de conformidad con los procedimientos legales o constitucionales respectivos y pagar una indemnización pronta y adecuada, cuyo importe, calculado sobre el valor íntegro de las inversiones correspondientes, debe evaluarse con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión […].

La expropiación indirecta surge cuando hay «abuso de poder contra un inversionista, como la destrucción de las expectativas legítimas, la imposición de un administrador temporal, la cancelación de los negocios, interferencias contractuales, prácticas estatales inconsistentes, mala fe, discriminación», generadas por medidas equivalentes a la expropiación, tal como lo viene confirmando la jurisprudencia arbitral internacional, como la del Ciadi: *1) Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Uncitral, (Dutch/Czech BIT). Sentencia parcial de 17 de marzo de 2006; *2) Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon vs.*

*The Republic of Kazakhstan (*ARB/05/16). Sentencia de 28 de julio de 2008. Ver: http://icsid.worldbank.org y http://ita.law.uvic.ca.

El concepto de medidas equivalentes a la expropiación o expropiación indirecta, no se sujeta a los principios de legalidad, ni a procesos; y, por lo tanto, no se prevé indemnización, como tradicionalmente es entendida. Bajo ese concepto, amplio y ambiguo, la jurisprudencia arbitral de inversiones del Ciadi reconoce una gama abierta de posibilidades conflictuales, tales como las ocasionadas por el trato injusto e inequitativo, medidas discriminatorias, la mala fe, la arbitrariedad y abuso de poder por el Estado; que al menoscabar el derecho sustantivo de propiedad (pérdida de los beneficios económicos), el tribunal arbitral, al conocer el negocio que a él le someten, habrá de calificar si se corresponden con las medidas equivalentes a la «expropiación», a fin de fijar mediante un laudo o sentencia arbitral, el valor expropiatorio indirecto en la inversión.

La jurisprudencia arbitral, da cuenta de que una medida equivalente a expropiación puede darse mediante la injerencia del Estado en un solo acto o a través de la multiplicidad de actos, cuyos efectos en conjunto producen un tipo de expropiación indirecta, conocida como expropiación constructiva o progresiva («*creeping expropriation*»; ver *Tradex Hellas S.A. vs. Republic of Albania*, laudo del 29 de abril de 1999; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. Republic of Costa Rica,* laudo del 17 de febrero de 2000).

El Centro de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones, Ciadi, ha perfilado algunas características de la expropiación indirecta, identificables, así: *1)* La expropiación indirecta conlleva una privación del dominio y los beneficios de la inversión, sin que ello implique cambio de la titularidad (ver, *CMS vs. la República Checa,* sentencia arbitral del 13 de septiembre de 2001; *Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic*, laudo del 3 de septiembre de 2001). *2)* Es necesario distinguir si la medida adoptada por el Estado la realiza en el ejercicio de su poder de imperio, con un propósito exclusivamente regulatorio*; v. gr.,* medidas de tipo sanitario o, de un acto que prive de los derechos del inversor (ver, Ciadi, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra Estados Unidos Mexicanos.* Caso n.° ARB. (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003).

(Autor: Ulises Pittí).

Referencias bibliográficas: Agirrezabalaga Iruretagoiena, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Barcelona: Editorial Bosch, 2010. Leben, Charles. *La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropiation indirecte.* En *Le contentieux arbitral trasnational relatif à l'investissement*. París: LGDJ, 2006. García Bolívar, Omar. *Nociones básicas del arbitraje de inversiones*. www.bg-consulting.com. Lisdero, Alfredo y S. Cornu Labat. *El Protocolo de Colonia sobre protección recíproca de inversiones;* www.lisdero.com. Mancieux, Sebastien. *Las normas sustantivas contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión* (TBI). *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 2009, vol. 48, n.° 2. Teitelbaum, A. *Los juicios contra el Estado argentino. América Latina en movimiento*, 2004.

Vocablos conexos: Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Expropiación.

Mercado a término de Buenos Aires (ver «Arbitraje en el Mercado a término de Buenos Aires (MATba)»).

Mercosur (ver «Tribunales arbitrales ad hoc en el Mercosur»; «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»; «Laudos arbitrales en el Mercosur»; «Medidas compensatorias en el Mercosur»)

Mini trial (ver «perqueño juicio»)

Modelo de Moynier

El Modelo Moynier fue la primera idea sobre la creación de un tribunal penal internacional, planteada por Gustave Moynier, jurista suizo que planteó un tribunal bajo un modelo arbitral.

En 1872, Moynier llegó a elaborar un Proyecto de Convenio sobre la Institución de un Órgano Judicial Internacional para la Prevención y la Represión de las Violaciones del Convenio de Ginebra, en la que la justicia sería administrada por árbitros nombrados por el presidente de la Confederación Suiza, el gobierno de tres Estados y las partes en conflicto, de la siguiente manera:

> Tan pronto como se declare la guerra, el presidente de la Confederación Suiza designará, por sorteo, a tres de las potencias signatarias del Convenio, exceptuados los beligerantes.

> Los gobiernos de estas tres potencias, así como los de los Estados beligerantes, serán invitados a nombrar cada uno de ellos a un árbitro, y los cinco árbitros se reunirán, lo antes posible, en el lugar que provisionalmente señale el presidente de la Confederación Suiza.
>
> Si la contienda se entablara entre más de dos Estados soberanos, aquéllos que hagan causa común se pondrán de acuerdo para elegir un árbitro común.
>
> Si en el transcurso de la guerra, uno de los Estados neutrales que haya designado árbitro, tomara parte en la contienda, se realizaría un nuevo sorteo para sustituir al mencionado árbitro.

Para Moynier el castigo era necesario porque consideraba que una sanción moral era insuficiente para las pasiones desatadas por la guerra y es curioso que el origen de la actual Corte Penal Internacional no se remonte –como suele leerse en la doctrina– a la creación de los tribunales de Nüremberg y Tokio, tras la segunda guerra mundial (los que significaron la materialización de la justicia penal internacional y de la responsabilidad internacional de individuo, porque se materializó el elemento procesal: hubo juicio y sentencia) sino a los pensamientos del citado jurista, quien vivió la época del auge de las instancias arbitrales internacionales. De ahí que el modelo de tribunal que propusiera fuera un modelo de notoria influencia arbitral.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Modelo IISD

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) es un centro de investigación canadiense fundado en 1990 y dedicado a promover proyectos innovadores que fomenten una forma de vida sostenible. La inversión extranjera es una las áreas en las que este Instituto ha centrado sus investigaciones. Entre los documentos que el IISD ha elaborado en esta materia, destaca el Modelo de Acuerdo Internacional sobre inversión para el desarrollo sostenible (Modelo IISD). Dicho Modelo presentado en el año 2005 pretende ofrecer a los Estados un texto alternativo a los tradicionales tratados de inversión. La idea sobre la que pivota este Modelo, es que únicamente se ha de potenciar la inversión extranjera que genere desarrollo sostenible.

Para alcanzar esta priorización del elemento cualitativo de la inversión, se articula un Modelo IISD que, junto a la delimitación de los derechos de los inversores, se centra en proclamar los derechos del Estado anfitrión y en concretar jurídicamente los deberes del inversor.

Entre las principales características novedosas de este texto completo –compuesto de cincuenta y nueve artículos y seis anexos– cabe destacar las siguientes: define de una forma más restrictiva algunos términos clave en este sector como «inversión» o «Estado local» (art. 1); otorga mayor concreción al contenido de derechos básicos de los inversores como «trato nacional» (art. 7); impide que determinadas disposiciones adoptadas por un legislador nacional puedan ser consideradas una expropiación indirecta por el inversor (art. 8 I, 25 D y 20); no reconoce un derecho de preestablecimiento general (art. 3 E); admite la imposición de requisitos postestablecimiento (art. 26); enuncia expresamente las obligaciones y deberes de los inversores (arts. 11-16); castiga muy contundentemente determinados incumplimientos del inversor –por ejemplo, permitiendo que se inicien acciones judiciales contra éste en su Estado local, impidiendo que el inversor recurra a procesos de solución de diferencias si violó la regla anticorrupción o autorizando al Estado anfitrión a solicitar la revocación de los derechos del inversor o el inicio de una acción por daños (arts. 13, 17-18 y 44)–; instaura un mecanismo propio de prevención y solución de diferencias, que presenta importantes diferencias –como la existencia de una fase de apelación– frente al sistema Ciadi, del que se prescinde (arts. 42-48).

Hasta el momento, ningún país ha adoptado por completo esta propuesta IISD como texto modelo en materia de inversiones internacionales. No obstante, algunos Appris y Tratados de Libre Comercio recientes, sí que han recogido varias de las novedades defendidas por el Instituto; y, asimismo, el contenido de este Modelo está influenciando la redacción de varios textos que se encuentran en proceso de elaboración. En el año 2013, varios juristas procedentes, asimismo, de Canadá han presentado una extensa guía para negociadores de países en vías de desarrollo, que propone integrar el desarrollo sostenible en los acuerdos de inversiones internacionales.

(Autora: Katia Fach Gómez. Profesora Titular de
Derecho internacional privado de la Universidad de Zaragoza. LL.M.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: http://www.iisd.org. IISD Model International Agreement on Investment. http://www.iisd.org/investment/model/. MANN, H. *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, 2008, www.iisd.org. GUGLER, P. y V. TOMSIK. «International Agreements on Foreign Direct Investments: Liberalization or Protection?». En PRASAD, Satyanarayana (ed.). *International Investment Agreements: Issues and Perspectives*, *Amicus Books*. Hyderabad: The Icfai University Press, 2007, pp. 1-22. ORTINO, F. «The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?». *International Law Forum du Droit International 2007*, pp. 243-250. JEZWSKI, M. «There is No Freedom Without Solidarity: Towards New Definition of Investment in International Economic Law». *Society of International Economic Law* (SIEL). Inaugural Conference 2008 Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159816. VANDUZER, A.J., P. SIMONS, y G. MAYEDA. «Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators». *The Commonwealth 2013.* GÓMEZ, K. Fach. «Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, n.º 18.

VOCABLOS CONEXOS: Appris.

MONISMO (VER «SISTEMA MONISTA *VERSUS* SISTEMA DUALISTA»)

MOOT

1. Introducción

Adjetivo procedente del inglés, con dos posibles significados. El más general equivale a «sujeto a debate, disputa o incertidumbre»; el más específico (y más arraigado en Norteamérica) es «con poca o nula relevancia práctica». Se relaciona con el término *emot*, o *gmot*, de tiempos medievales, que servía para definir una asamblea de notables que se reunía para discutir cuestiones de importancia para la comunidad. Sea como fuere, el adjetivo siempre ha estado asociado al debate y la discusión, sea con un trasfondo real (la asamblea de notables) o por el debate mismo (sin trascendencia en la realidad).

Este término sirvió para definir un ejercicio extracurricular (y aquí llegamos a lo relevante para nuestro propósito) denominado *moot court*, muy extendido en las facultades de Derecho de los países angloparlantes. Dicho ejercicio consiste en el aprendizaje de una materia mediante la confrontación de las dos posturas, actora y defendida, sobre la base de un problema jurídico diseñado al efecto. Frente a los denominados *mock trial*, muy apegados al sistema de jurado y su teatralidad, en el *moot court* el objetivo es la discusión de los puntos de Derecho con personas versadas en el mismo, sean éstos jueces o árbitros, y, por ende, la persuasión debe basarse en la brillantez y sofisticación de los argumentos legales. En este sentido, *moot* sí responde plenamente a su primer significado, pero no al segundo, salvo que se entienda que el objetivo no es alcanzar una conclusión relevante para la resolución de un problema real, sino que la relevancia se encuentra en la propia discusión.

Tanto se extendió esta práctica, que el adjetivo resultó paulatinamente sustantivado; y de *moot court* se pasó a definir la actividad como *moot*, a la acción de realizarla como *mooting*, y a los participantes en ella como *mooters* o *mooties*. Pero, dicha extensión es indisociable de otro fenómeno muy importante para el *moot*, como es su internacionalización. Frente a una concepción más tradicional, donde se discutían problemas de Derecho nacional, la explosión de los *moots* tiene lugar cuando se trascienden las fronteras nacionales, y se desarrollan los *moots* a escala internacional. El pionero en ello fue el *Philip Jessup International Moot Court Competition*, presente desde 1963, y organizado por la *International Law Students Association* (ILSA), cuya fase final se desarrolla en Washington (http://www.ilsa.org/jessuphome).

Posteriormente, en 1993 tiene lugar uno de los pasos más importantes para engarzar esta actividad con el arbitraje: tiene lugar la primera edición del *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (*Vis Moot*), cuya fase final se desarrolla en Viena (http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html). Un proyecto original del profesor Eric BERGSTEN y el profesor Albert KRITZER, con el apoyo de Willem Cornelius VIS, adquirió el nombre de este último, que falleció poco antes de ver reflejado su trabajo en la primera edición. Desde entonces hasta su vigésima edición, en 2012-2013, ha estado dirigido por el profesor Eric BERGSTEN.

El *Vis Moot* nació como una iniciativa apoyada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) para promover el uso de lo que posteriormente se convertiría en su texto más importante en materia de Derecho sustantivo, la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Cnuccim, o CISG, por su acrónimo en inglés).

La Convención contaba con el apoyo de académicos y legisladores, pero era necesario formar a nuevas generaciones de juristas, los futuros jueces y abogados, para quienes el recurso a una convención internacional para resolver problemas de contratos fuese algo natural, un propósito para el que el *mooting* se prestaba de manera idónea. Pero, naturalmente, el uso de la Convención de Viena necesitaba de un foro para la resolución de disputas, que resultase neutral, desde un punto de vista nacional, para que el debate jurídico se ajustase lo mejor posible al principio de interpretación uniforme, consagrado en el art. 7 de la propia Convención.

En este punto se conectan el *moot* y el arbitraje. El recurso al arbitraje internacional como foro permitía al *Vis Moot* situar a las partes de la controversia en países imaginarios, Equatoriana y Mediterráneo, y aislar la discusión sobre Derecho uniforme de las interferencias con el Derecho nacional. Así, arbitraje, Equatoriana y Mediterráneo (junto con Danubia, sede del arbitraje) siguen acompañando al *Vis* hasta hoy.

Pero, el *Vis Moot* fue sólo el principio de la relación del *moot* con el arbitraje. El éxito de la iniciativa condujo al lanzamiento del *Vis Moot (East)*, celebrado en Hong Kong desde el año 2003, con una organización separada, pero dependiente del mismo problema o caso, que se publica para el *Vis Moot* (http://www.cisgmoot.org/index.html).

Posteriormente, nacieron otros *moots* sobre materias de arbitraje más especializadas, como los correspondientes a arbitraje de inversiones, el *Frankfurt Investment Arbitration Moot Court* (http://www.investmentmoot.org/) desde 2007, y el *Foreign Direct Investment International Arbitration Moot, desde 2008* (http://www.fdimoot.org/index.php?-FormName=Search&FormAction=search&s_ConferenceID=2013).

Generalmente, los *moots* suelen seguir una estructura similar, con la publicación de un «caso» o «problema», de extensión variable, pero complejo y equilibrado entre las posiciones de las dos partes de la controversia. Sobre la base de este caso, los equipos, correspondientes a las universidades participantes, generalmente deben redactar sendos escritos, o memoranda, de demanda y contestación a la demanda; y, posteriormente, preparar la defensa oral del caso.

Durante la fase oral, se empareja a los equipos, que deben desempeñar, sucesivamente, los papeles de demandante y demandado, ante tribunales formados por personas expertas en la materia, que se encargan de juzgar, no la sustancia de las posiciones según se deducen del caso, sino la actuación de los equipos. De dicha valoración se desprenden los ganadores de las diversas categorías dentro de cada competición.

Los *moots* son apreciados como medio de preparación de jóvenes abogados dedicados al arbitraje y litigación internacionales, como argumentan numerosos artículos (Guglya, Leonila. «Oral Advocacy Training: A Beginner's Look at the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot from a Coaching Perspective». *12. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2008, pp. 125-138. Graves, Jack M. & Stephanie A. Vaughan. «The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: Making the Most of an Extraordinary Educational Opportunity». *10. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2/2006), pp. 173-206. Waincymer, Jeff. «International and Comparative Legal Education through the William C. Vis Moot Program: A Personal Reflection». *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2001, pp. 251-283. Bergsten, Eric E. «Teaching about International Commercial Law and Arbitration: the Eighth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot». *18.° Journal of International Arbitration* (August 2001), pp. 481-486. Shulman, Mark R. «Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of Universal Peace». *24.° Pace International Law Review*, n.° 1 (Winter 2012), pp. 1-20. Esencialmente, los elementos que más se repiten son el desarrollo de la capacidad investigadora, la capacidad de entender problemas desde cualquier perspectiva, la creatividad en la formulación y reformulación de argumentos, la habilidad de transformar un sólido ejercicio académico en un mensaje que resulte persuasivo, y el aprendizaje del trabajo en equipo.

2. **Moot *Madrid***

Aunque la palabra *moot* sea de origen inglés, se ha extendido tanto, que también se emplea en países no angloparlantes para designar el mismo tipo de actividad, como sucede en el caso del *Moot* Madrid (http://www.mootmadrid.es).

El *Moot* Madrid es la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil Internacional. Nació en el año 2009 por iniciativa de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) y la Universidad Carlos III de Madrid. Sus directores (el profesor Rafael Illescas Ortiz y la profesora M.ª Pilar Perales Viscasillas) y sus coordinadores (el profesor David Ramos Muñoz y la profesora Tatiana Arroyo Vendrell) son profesores de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y cuentan con

experiencia, bien como miembros de delegación de los grupos de trabajo de Uncitral o bien como entrenadores de equipos de estudiantes para el *Vis Moot*, *Philip Jessup International Moot Court Competition* o el *Frankfurt Investment Arbitration Moot Court*.

La finalidad de esta iniciativa en su esencia es doble. Una primera, ofrecer en español la metodología en el aprendizaje propia de la actividad *moot* a los estudiantes de Derecho de cualquier universidad o escuela de negocio alrededor del mundo. De este modo, se expande este método de formación, más allá del idioma comúnmente empleado hasta el momento para esta clase de actividades: el inglés. Una segunda, brindar el conocimiento y la formación en el arbitraje internacional como medio alternativo a la resolución de conflictos en el marco del Derecho uniforme del comercio internacional.

En este punto, el *Moot* Madrid, aun empleando el método de enseñanza semejante al *Vis Moot*, no se ciñe a abordar cuestiones jurídicas relativas a la compraventa internacional de mercaderías, sino que extiende su radio a cuestiones jurídicas del Derecho mercantil internacional y otros instrumentos jurídicos internacionales más allá del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

El *Moot* Madrid comienza cada otoño con la publicación del caso y base de la competición. El caso es redactado por un grupo de profesores (los coordinadores de la competición), un grupo de abogados de un despacho de abogados (varía de año en año, hasta el momento, han participado en la redacción, abogados de Garrigues, Uría, Cuatrecasas, Gonçalvez Pereira o Pérez-Llorca, entre otros), así como técnicos especializados en cada una de las materias tratadas en los casos para poder asemejarse al máximo a la realidad comercial.

Desde este punto de partida, hasta el momento se han planteado una variada índole de problemas jurídicos, que van desde el contrato de *leasing* de maquinaria industrial a la compraventa de crudo y su transporte, desde la construcción de una planta de cemento a la compraventa de empresas y acciones en un entramado de contratos y acuerdos societarios. En definitiva, en todos los casos se han abordado transacciones siempre internacionales, en las que ha resultado imprescindible para los estudiantes adquirir conocimientos jurídicos sobre sendos instrumentos internacionales, tales como: la Convención de Ottawa sobre *leasing* financiero, la Ley Modelo de *Leasing* de Unidroit, las Reglas de Rotterdam, los Principios Unidroit, así como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías o la Convención de la Cnudmi sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

Esta vertiente del Derecho sustantivo se ve complementada en el caso con el ingrediente que brinda el arbitraje internacional como medio para la resolución de conflictos comerciales internacionales. Para esta segunda vertiente, la arbitral, con cada edición se trata de abarcar cuestiones siempre diferentes, como también son variadas las instituciones arbitrales tomadas como modelo o las normas a aplicar al arbitraje; así, por ejemplo, desde el año 2009 los estudiantes se han tenido que enfrentar ante cláusulas patológicas, extensión a terceros de la cláusula arbitral, arbitrajes sustanciados conforme a instituciones arbitrales como son la Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte de Arbitraje de la CCI.

De esta manera, el caso tiene como objetivo proponer a los estudiantes nuevos problemas jurídicos y nuevos retos, que sirvan de instrumento para proporcionar su formación como futuros abogados con perfil internacional a través de un aprendizaje que deben desarrollar durante los más de cinco meses de duración de la competición.

La publicación del caso representa el pistoletazo de la competición y en este momento comienza a funcionar la maquinaria de relojería con los entrenadores y estudiantes de facultades y escuelas de Derecho de todo el mundo, los cuales, durante una primera fase, deben elaborar un escrito de demanda, y a continuación, un escrito de contestación a la demanda en base al escrito de demanda de otro equipo, previamente remitido a cada equipo.

Con este formato los estudiantes adquieren el conocimiento jurídico y deben demostrar el manejo de fuentes legales y doctrinales, hasta lograr que los escritos reflejen argumentos sólidos y convincentes desde la doble hoja de rasero que supone aprender a representar los intereses, no sólo de la parte demandada, sino también de la demandante.

Esta primera fase escrita se complementa con la fase oral, que tiene lugar en abril. Durante la fase oral cada equipo compuesto por dos oradores, compite en diferentes rondas contra diferentes equipos, alternando las posiciones de demandante y demandado; defendiendo los intereses de partes en sí, totalmente contrapuestas, que ya defendieron por escrito, pero ahora verbalmente, teniendo así que desarrollar sus habilidades

orales. La fase oral se celebra en Madrid, en las diferentes oficinas de despachos de abogados colaboradores del *Moot* Madrid y participan más de cien abogados como árbitros.

La competición otorga cuatro premios: el Oremio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda, el Premio al mejor escrito de contestación a la demanda, el Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales y el Premio final, al mejor equipo de la fase oral.

El *Moot* Madrid cuenta con el patrocinio de la Corte de Arbitraje de Madrid y hasta el momento han colaborado las siguientes firmas de abogados: Baker & McKenzie, B. Cremades y Asociados, Broseta Abogados, CMS, Albiñana & Suárez de Lezo, Cuatrecasas, Gonçalvez Pereira, Garrigues, Gómez Acebo & Pombo, Novit Legal (Fundación Pons), Pérez-Llorca y Uría Menéndez. Desde el año 2012 se ha incorporado también como patrocinador: KPMG.

(Autores: Tatiana Arroyo. Profesora de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y David Ramos. Profesor de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

Referencias bibliográficas: Guglya, Leonila. «Oral Advocacy Training: A Beginner's Look at the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot from a Coaching Perspective». *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2008, pp. 125-138. Graves, Jack M. and Stephanie A. Vaughan. «The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: Making the Most of an Extraordinary Educational Opportunity». *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2/2006), pp. 173-206. Waincymer, Jeff. «International and Comparative Legal Education through the William C. Vis Moot Program: A Personal Reflection». *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2001, pp. 251-283. Bergsten, Eric E. «Teaching about International Commercial Law and Arbitration: the Eighth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot». *18. Journal of International Arbitration*. August 2001, pp. 481-486. Shulman, Mark R. «Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of Universal Peace». *Pace International Law Review*, n.° 1, Winter 2012, pp. 1-20.

N

Nacionalidad

La nacionalidad es un tema crucial en el mundo del arbitraje y puede tener diversas expresiones en las instituciones arbitrales especializadas que existen en el amplio y creciente espectro arbitral que hoy comprende a los ámbitos de regulación arbitral, a nivel nacional e internacional.

El espectro abarca diversas especialidades comerciales y de inversiones, incluyendo los reglamentos de las instituciones que organizan y administran arbitrajes, las legislaciones locales y los tratados internacionales. Siguiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), en el ámbito del arbitraje comercial privado, la nacionalidad de las partes es determinante para clasificar a un arbitraje como internacional, pero no es el único factor que sirve para medir el nivel de internacionalización del arbitraje. También puede haber otros elementos como el domicilio, el lugar de la ejecución de prestaciones o de celebración del convenio arbitral, o el lugar de ejecución del laudo, entre otros. La internacionalización del arbitraje implica que los efectos legales del laudo y del arbitraje, cuenten con características diferentes a las del arbitraje «doméstico».

La internacionalización incide a favor de la mayor autonomía del arbitraje internacional respecto de las jurisdicciones nacionales y el alcance de las normas locales de Derecho interno. De hecho, ésta es una tendencia que tiene una racionalidad económica y jurídica, que debe brindar seguridad jurídica al comercio internacional y caracteriza a algunas leyes recientes, como la Ley General de Arbitraje del Perú.

En el caso del arbitraje en inversiones y concretamente en el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (Ciadi), la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas es uno de los factores que determina la llamada «Jurisdicción del Ciadi», constituyendo un requisito de admisibilidad de la solicitud de arbitraje. El tratado Ciadi de 1965 y la Convención de Nueva York sobre

Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, son los tratados multilaterales más importantes en materia de arbitraje.

El otro requisito de admisibilidad en el sistema del Ciadi, es que la controversia verse sobre un asunto legal en materia de inversiones. El art. 25 del tratado Ciadi establece que si no concurren los requisitos *ratione materiae* y *ratione personae*, el Ciadi carecerá de «jurisdicción»; y, por ende, el arbitraje no podrá ser llevado a cabo. Adicionalmente, el mismo tratado precisa los alcances del concepto de nacionalidad. Si bien no define taxativamente el concepto, no permite que un nacional pueda iniciar un arbitraje en contra de su propio Estado, mediante el uso de los servicios del Ciadi. De modo que los nacionales de un Estado miembro del Ciadi sí están facultados para iniciar arbitrajes en contra de un Estado ajeno a su nacionalidad, que también sea miembro del Ciadi, cumpliendo así con el requisito *ratione materiae* para la arbitrabilidad de la controversia.

En la práctica internacional se ha constatado que la determinación de la nacionalidad no es un asunto sencillo. De hecho se trata de una cuestión discutida en el ámbito del Derecho internacional público, que no cuenta con un tratado multilateral específico. Se intentó normar al respecto en el Proyecto de la Convención de La Haya de 1930, sobre conflicto de leyes en materia de nacionalidad. Este proyecto nunca entró en vigencia.

También existe el llamado Proyecto de Convención de Harvard sobre Nacionalidad de 1929, que proponía establecer ciertos límites al poder soberano del Estado para otorgar la nacionalidad, a partir de la necesidad de que dicho poder sea congruente con el Derecho internacional.

En general, se reconoce el derecho soberano de los Estados para establecer los requisitos con el fin de otorgar la nacionalidad, de conformidad con su legislación interna. Este principio fue precisado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso Túnez-Marruecos* de 1921.

Las legislaciones nacionales suelen organizar los criterios para establecer la nacionalidad de las personas naturales por el vínculo de sangre (*ius sanguini*), por el vínculo con el territorio (*ius soli*) o por una combinación de ambos factores.

De otro lado, en el Derecho internacional público se suele identificar como un caso líder en temas de nacionalidad (*leading case*) el *Caso Nottebohm* de 1955, tramitado ante la Corte Internacional de Justicia. En este caso se estableció la «verificación del vínculo efectivo» como factor para determinar jurisprudencialmente la nacionalidad de una persona. Sin embargo, la doctrina más reciente precisa que los criterios previstos en el *Caso Nottebohm* pueden ser tomados en consideración, siempre que no se produzca el abuso del derecho a la nacionalidad ni el abuso de la protección diplomática. Es el criterio adoptado, por ejemplo, a partir del *Caso Flegenheimer* de la Comisión de Conciliación Ítalo-Norteamericana de 1958. En consecuencia, hoy la «doctrina del vínculo efectivo» para la determinación de la nacionalidad, encuentra límites en la prohibición del abuso de derecho.

Dentro de los parámetros previstos en lo concerniente a la determinación de la nacionalidad, se diferencia el tratamiento que reciben las personas naturales del que reciben las personas jurídicas. Ambas tienen reglas específicas en el marco de la legislación de los países que les otorgan nacionalidad o de los tratados que recientemente regulan el tema, especialmente en materia de Derecho internacional de las inversiones, donde esto suele estar definido en forma taxativa.

En el caso de la persona jurídica, se suele recurrir a una serie de supuestos para determinar la nacionalidad, como el lugar de constitución, el lugar donde se llevan a cabo las actividades relevantes de la administración, el lugar donde se ejerce el control de la persona jurídica, etc. Estos criterios han sido analizados en arbitrajes recientes en materia de inversiones, como el *Caso Siemens* con Argentina de 2004 y el *Caso Sedelmayer* con la Federación Rusa de 1998.

De otro lado, lo referido al levantamiento del velo societario para la determinación de la nacionalidad de quienes tienen el control de una empresa, se analizó en el *Caso Elettronica Sicula S.p.A.* (*USA vs. Italia*) de 1989, en la Corte Internacional de Justicia.

También dentro del marco del Derecho internacional público, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de la protección diplomática y la realización del endoso de las reclamaciones a favor del Estado de la nacionalidad del reclamante. El endoso es un acto soberano, que consiste en que el Estado del reclamante haga suya la reclamación de su nacional, recurriendo a los medios que le franquea el Derecho internacional para buscar un resarcimiento.

En la actualidad, el recurso a la reclamación diplomática es cada vez menos frecuente, debido a que se ha producido un incremento significativo de tratados internacionales que hacen viable el arbitraje, así como otros medios de solución de controversias. El ámbito en el cual esto se percibe con mayor intensidad, es el del Derecho internacional de las inversiones, donde, generalmente, la reclamación diplomática queda en suspenso mientras se resuelve el arbitraje en inversiones, no siendo exigible para el inversionista extranjero el agotamiento de las vías internas previas del país receptor de la inversión, salvo norma específica de aplicación preeminente y pudiendo el inversionista recurrir directamente a los foros internacionales, siempre que se cumplan los requisitos *ratione materiae* y *ratione personae*.

El modelo de regulación de esta metodología lo encontramos en el tratado Ciadi y también en los más recientes tratados de libre comercio, en sus capítulos de inversiones, así como en una amplia gama de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, donde también se suele regular con precisión los alcances de la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas.

(Autor: Franz Kundmüller Caminiti. Círculo Peruano de Arbitraje).

Referencias bibliográficas: Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones.* Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007, pp. 199-257. Kundmüller Caminiti, Franz. «El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2005, n.° 1, pp. 119-178. Moreno Rodríguez, José Antonio. «La Convención más trascendente de la historia del Derecho privado». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, n.° 2, pp. 649-679. Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero. «El arbitraje del Ciadi y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, pp. 69-112, http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf. Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides. *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*. Navarra, 2006, 4.ª edición, pp. 59-101.

Vocablos conexos: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Arbitraje de Inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Protección diplomática.

Nacionalización

1. Concepto e introducción general

Existirían varias definiciones etimológicas del término nacionalización, contextualizado en el ámbito del Derecho internacional: por nacionalización podríamos entender la transformación de una empresa o unidad económica privada (en definitiva, de un derecho de propiedad) a una empresa pública: el trasvase de un elemento de la esfera privada a la esfera pública. Incluso un acto por el que propiedades, industrias o servicios de los particulares pasan a depender del Estado. Sinónimos de este concepto podrían ser los de estatización, socialización o la más comúnmente conocida como expropiación.

Este acto de desprivatización no es ajeno al Derecho de las inversiones internacionales, ni al arbitraje. Como veremos más adelante, para resolver las controversias que surjan entre las partes de una nacionalización (que serán el Estado nacionalizador y la empresa privada o el particular nacionalizados), un tribunal arbitral constituido al amparo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) puede ser competente.

Al respecto, cabe advertir que, muchas veces, la doctrina viene utilizando indistintamente los conceptos de nacionalización y expropiación; pero, como bien dice María Luisa Espada, en su obra *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*, en Derecho internacional no existe una diferenciación técnica, ni un régimen jurídico singularizado. Las normativas jurídicas internacionales aplicables tampoco establecen definiciones técnicas de estos procesos de desprivatización; y, en cualquier caso, las diferencias entre ambos conceptos, prácticamente sinónimos, vendrían dados por criterios de los efectos que produzcan estos procesos, respectivamente, el alcance de la medida, los métodos utilizados o incluso las posibilidades de retornar a la esfera privada el bien nacionalizado.

La autora Elisa Torralba, en la obra *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, distingue la nacionalización respecto de la expropiación y de la confiscación, estableciendo que en la primera, el Estado nacionalizador prosigue con la explotación del bien expropiado, mientras que en la expropiación cesa esa voluntad de explotación con la finalidad única de que el bien pase a la esfera pública, mediando una indemnización; y, finalmente, la confiscación, en la que ni siquiera media dicha indemnización, por eso conlleva un

rechazo por parte del ordenamiento jurídico. Finaliza la autora indicando que la nacionalización es la transferencia de bienes privados al Estado para su explotación a cargo del mismo.

Y en esta misma línea, el Instituto de Derecho Internacional, la definió como una operación de alta política por la cual un Estado, modificando toda o parte de su estructura económica, expropia a personas privadas para reintegrar lo expropiado (su explotación, se entiende) a la nación.

2. Normativa aplicable

La regulación de esta materia debe situarse forzosamente en la esfera del Derecho internacional.

Importante es también situar los límites a los procesos o derechos nacionalizadores, ya que, si bien en un principio el derecho a desprivatizar goza de reconocimiento en el Derecho internacional, es igualmente cierto que dicha prerrogativa estatal debe estar limitada. Dice la autora María Luisa Espada que podrían distinguirse tres tipos o niveles de límites: *los límites generales*, que en cuanto a la valoración de los motivos y propósitos que han conducido a esa nacionalización (y en la que en mi opinión deberían operar derechos básicos como el de defensa, el de no discriminación o de compensación y conceptos fundamentales como el orden público o la licitud); *los límites internos* en cuanto a los métodos y procedimientos utilizados en el proceso de nacionalización; y, finalmente, los *límites internacionales*, que vendrían marcados por los tratados de protección de derechos de propiedad y por el respeto a los tratados y convenios internacionales.

Ante la posible vulneración de los límites por el derecho a nacionalizar, internacionalmente reconocido, la mejor solución será acudir a un organismo de arbitraje de ámbito internacional mayoritariamente reconocido por el mayor número posible de Estados que hayan suscrito su adscripción, como puede ser establecido en el sistema Ciadi. En este tipo de arbitrajes, una de las, partes necesariamente, será un Estado, el denominado Estado «nacionalizador».

Asimismo, la nacionalización de la actividad económica también podríamos definirla como la asunción de la actividad económica ejercida por un Estado (por sí mismo o por un tercero) a través de la cual se entablará la relación, pacífica o no, con un particular o una empresa. Las controversias surgidas en este sentido pueden ser sometidas a los tribunales del Estado (cláusula Calvo) o un arbitraje internacional.

Como ya hemos apuntado en el anterior apartado, el organismo de arbitraje internacional institucionalizado para dirimir este tipo de controversias, es el sistema Ciadi. Para acceder a los procedimientos ante el Ciadi, las partes y la controversia suscitada deberán reunir una serie de requisitos que marcarán su competencia para intervenir, tramitar y resolver. Así, desde su creación y en virtud de la adhesión de los Estados al Convenio de Washington, quienes se consideraban perjudicados por nacionalizaciones disponían de un derecho a recurrir contra el Estado nacionalizador. Tal y como se hace constar en la obra *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, por primera vez, se implementó un sistema en virtud del cual particulares, personas físicas o jurídicas, podían demandar a un Estado en forma directa, «en el que se restringió en gran medida la inmunidad del Estado, en el que el Derecho internacional podía aplicarse directamente a la relación entre el inversor y el Estado receptor […], y que permitiría la ejecución directa del laudo del tribunal en el territorio de los Estados parte».

(Autora: Gema Mayol. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2009. Espada Ramos, María Luisa. *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*. Madrid: La Ley, 1989. Torralba Mendiola, Elisa Carolina. «La propiedad privada extranjera». En Collantes González, Jorge Luis (dir.) y Bárbara de la Vega Justribó (coord.). «Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales». *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009.

Vocablos conexos: Arbitraje del Estado. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Cnudmi/Uncitral. Convenio Ciadi. Expropiación. Globalización. Inmunidad del Estado. Nacionalidad. Oferta del consentimiento estatal al arbitraje. Principios directivos del Banco Mundial en el tratamiento de inversión extranjera.

Negociación

1. Concepto

La negociación es un procedimiento de solución de conflictos en el que las partes, por ellas mismas, tratan de llegar a un acuerdo, que satisfaga sus respectivos intereses. Cuando nos enfrentamos a la tarea de solucionar un conflicto, lo podemos hacer acudiendo a los juzgados y tribunales de las diferentes jurisdicciones o bien mediante procedimientos alternativos a aquéllos. Dentro de éstos se encuentran: la negociación, la mediación y el arbitraje.

Si el conflicto o la diferencia de intereses es tal que a una de las partes implicada sólo le queda aceptar o no lo que la otra propone, no podemos hablar de negociación sino de un ejercicio de imposición. La negociación implica siempre movimientos en las pretensiones de todas las partes; un ejercicio de concesiones recíproco que es consustancial al proceso de negociación. Por tanto, no todo intercambio implica negociación si no se da ese ejercicio de flexibilidad, que es ajeno y distante a un contrato de adhesión.

2. Diferencias entre negociación, mediación y arbitraje

Resulta importante poder diferenciar entre los tres procedimientos alternativos de solución de conflictos: negociación, mediación y arbitraje. Por negociación, como hemos dicho anteriormente, entendemos el procedimiento por el cual las partes implicadas tratan de alcanzar un acuerdo que satisfaga sus respectivos intereses. La mediación, sin embargo, es un paso más de la negociación, en el sentido de que un tercero, ajeno a las partes, trata de que ellas logren un acuerdo que satisfaga sus respectivos intereses. El tercero, el mediador, no impone su solución a las partes sino que les propone una que cree adecuada para ellos, y son las partes las que siguen siendo las protagonistas, en cuanto a qué hacer para solucionar las diferencias que tienen. Finalmente, en el arbitraje, el árbitro sí que adjudica la razón e impone la solución a las partes, sin perjuicio del posible recurso al laudo arbitral. En la actualidad, negociación, mediación y arbitraje se incluyen bajo el acrónimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

La relación entre estos tres mecanismos ha hecho que sea habitual en los contratos introducir determinadas cláusulas en materia de resolución de conflictos llamadas «en cascada» o del «ascensor», entre otras denominaciones. En este tipo de cláusulas, se establece que la controversia que pudiera surgir de la interpretación o aplicación del contrato en cuestión, se someterá a la negociación de determinadas personas (señaladas en el contrato), dándoles un plazo de tiempo para que puedan llegar a un acuerdo. Además, se añade que, en caso de que esas personas en ese plazo no lleguen a un acuerdo, la controversia se someterá a la mediación de [...] según determinado procedimiento o reglamento de mediación. Estas cláusulas suelen finalizar estableciendo que, si las partes no aceptaran la propuesta de acuerdo resultado de la mediación, se someterán a arbitraje y se suele incluir ya la cláusula arbitral al respecto. Como vemos, se trata de combinar los tres procedimientos en función de que el conflicto se haya resuelto o no. Estas cláusulas se construyen de diferentes maneras y, a veces, incluyen sólo la combinación de dos de estos mecanismos.

3. El método de negociación

Para poder alcanzar acuerdos eficaces y duraderos en el tiempo, es imprescindible disponer de un método que nos permita aprender a afrontar las diferencias continuas que existen entre los negociadores, ya sean como consecuencia de un negocio o no. El método para afrontar de manera racional las situaciones de negociación comprende dos dimensiones: las actitudes u orientaciones con las que los seres humanos afrontamos los procesos de negociación y las técnicas que son necesarias conocer para aplicar a cada fase del proceso.

Dentro de las actitudes u orientaciones de negociación, son dos las más comunes: negociación posicional y negociación basada en intereses. La negociación posicional es aquélla que nos lleva al regateo simplemente; el hecho de regatear en un mercadillo lo podemos identificar con esta orientación negociadora. Decimos que la negociación posicional es una negociación competitiva en el sentido de que «gana» el que más impone sus pretensiones. Es un ejercicio de imposición que tiene como grandes desventajas, entre otras, que: no profundiza en los intereses de las partes, no llega a descubrir cuáles son las verdaderas motivaciones de la negociación; lleva a la confrontación entre las partes; no genera soluciones creativas; y, en la mayoría de las ocasiones, todo lo que gana una de las partes, se considera una pérdida para la otra parte.

Sin embargo, la negociación basada en intereses es la orientación más eficaz y la que hace que, prácticamente, todas las situaciones, en las que existe posibilidad de acuerdo, resulten satisfactorias para todas las partes implicadas. La negociación basada en intereses, es una aportación hecha por un grupo de profesores de

la Universidad de Harvard (*Program on Negotiation*) que parte de considerar el concepto de «interés» como clave a la hora de afrontar un proceso de negociación. Cuando hablamos de negociación, por «interés» se entiende todo lo que mueve a cada parte negociar. Es decir, los intereses son necesidades, deseos, miedos; todo aquello que se esconde detrás de lo que cada uno quiere. Pues bien, la negociación basada en intereses parte del conocimiento de los intereses de las partes, para poder construir un modelo que permita que tengan a su disposición todas las posibilidades de satisfacer los de ambas, lo que es garantía no sólo de consecución de un acuerdo como tal, sino del mantenimiento de la relación entre partes, algo que no se consigue con la negociación más competitiva o posicional.

La segunda de las dimensiones del método de negociación, es la relativa a las fases del mismo. El proceso de negociación tiene diferentes fases como son: la fase de preparación –que incluye las subfases de obtención de información, planificación estratégica y planificación táctica–, la fase de encuentro, el debate y el cierre. En todas ellas hay que aplicar técnicas adecuadas que también deben conocerse.

No obstante lo anterior, el método de negociación no sólo se refiere a la necesidad de conocer y aplicar toda la estrategia anterior, sino que a la hora de encontrarme con el resto de partes en la mesa de negociación, he de conocer cómo debo comunicarme con ellas. No podemos olvidar que la negociación implica un ejercicio de influencia mutua entre las partes en el que cada una pretende crear un efecto en la otra. Esta influencia no es otra cosa que la persuasión en la negociación. No produce ningún efecto el tener diseñada una buena estrategia de negociación, si no se consigue convencer al otro y viceversa. Llamamos, por tanto, la atención sobre la necesidad de conocer cómo utilizar la comunicación en la negociación en sus diferentes dimensiones: lenguaje, autoafirmación y control emocional. Todo ello para conseguir el efecto pretendido que es convencer al otro.

Como ha quedado expuesto más arriba, el mecanismo de concesiones es consustancial al proceso de negociación. Sin aquéllas, no existe éste. De ahí que sea de radical importancia conocer cómo deben hacerse las concesiones. Son tres los requisitos fundamentales que han de cumplir las concesiones realizadas: (i) han de hacerse en el momento oportuno, siempre lo más cercano al cierre posible; (ii) siempre exigiendo algo a cambio de cada movimiento de parte; y (iii) en sentido decreciente a medida que nos acercamos a nuestro punto de ruptura.

Una vez que hemos realizado todo lo anterior, estamos en condiciones de alcanzar un acuerdo con la otra parte o partes que satisfaga los respectivos intereses. El hecho de haber alcanzado un acuerdo no quiere decir que hayamos cerrado correctamente la negociación. Este momento es clave a la hora de que lo alcanzado se cumpla. El paso de haber alcanzado un acuerdo, a haber cerrado correctamente la negociación, implica que: se haya recapitulado, confirmado lo que cada parte entiende como el acuerdo (el parafraseo de las partes para conseguir esto puede resultar muy adecuado), recogido en el documento apropiado y firmado por las partes implicadas.

Sólo si hemos cumplido con todo lo anterior podemos estar seguros de que el acuerdo tiene todas las garantías para que pueda cumplirse en el tiempo y, lo más importante, para salvaguardar la relación con la otra parte.

La negociación cooperativa o basada en intereses exige considerar al proceso de negociación como un todo metódico, que se puede aprender porque es racional y porque sólo conociéndolo y adaptándolo al caso concreto, permite obtener ventajas a largo plazo. No podemos olvidar desde este tipo de negociación cooperativa que las partes, al comenzar el proceso de negociación, han de marcarse cuáles son sus objetivos; objetivos que no están referidos sólo al objeto de la negociación sino que también se desarrollan en dos dimensiones clave, que son: la otra u otras partes y nosotros mismos. Ésta es la manera de introducir el aprendizaje en cada negociación con la que nos enfrentemos.

Finalmente, hemos de destacar que en la actualidad también se habla de *coopetition*, término que se refiere a la unión o existencia de competición y cooperación en un proceso de negociación. En todo proceso de negociación tiene que existir esta tensión entre competición y cooperación, pero siempre bien manejada. El buen manejo de ambas requiere que se empiece cooperando en el proceso, manejando información, compartiendo los intereses de las partes, etc., para al final, y sólo al final, competir en el sentido de reclamar el valor necesario para satisfacer los intereses y objetivos propios. Sólo funciona si lo hacemos así, al revés, no. Ésa es la tensión perfecta que debe presidir un proceso de negociación basado en intereses de las partes.

Lo anterior es algo similar a la tensión entre creación de valor y reclamación de valor que debe ser bien gestionada por los negociadores. La creación de valor hace referencia a la generación de opciones o soluciones

posibles entre las partes en la mesa de negociación, a todo el proceso que implica que esas soluciones posibles salgan en la mesa. Mientras que la reclamación de valor se refiere a la competición que debe presidir el manejo de concesiones, de tal forma que cada parte satisfaga al máximo sus respectivos intereses.

Por tanto, cooperación y competición, creación y reclamación de valor son binomios que deben manejarse de manera adecuada por los negociadores que pretenden alcanzar acuerdos eficientes y duraderos en el tiempo. Como vemos, la competición y la reclamación de valor no son términos que deban excluirse del proceso, pero sí deben manejarse de manera adecuada y en el momento apropiado por las partes.

(Autora: Dra. María del Pilar Galeote Muñoz, Profesora de Negociación y Derecho societario. IE Business School/Law School de Madrid).

Referencias bibliográficas: Diamond, S. *Getting More. How to negotiate to achieve your goals in the real world*. Crown Business, 2010. Fisher, Robert, William Ury y Bruce Patton. *Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in*. Londres: Penguin Books, 2011, 3.ª edición. Lax, D. y J. Sebenius. *The Manager as Negotiator, Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*. Maine: The Free Press, 1991. Leritz, Len. *Negociación infalible*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. Thompson, Leigh L. *The Mind and the Heart of the Negotiator*. Essex: Pearson, 2009.

Neutralidad del árbitro

El término «neutralidad» se usa en el arbitraje en dos sentidos. En el primero, se refiere a una «neutralidad nacional»; es decir, cuando el árbitro es de un país distinto a los de las partes. En el segundo se refiere a un árbitro nombrado por las partes (*party-appointed arbitrator*), que se espera votará por la parte que el árbitro estima que tiene la razón, a pesar de tener simpatía por la parte que le nombró por razón de participar de la misma tradición o cultura de dicha parte.

La idea de neutralidad es utilizada, principalmente, en este segundo sentido por el Código de Ética de la *American Arbitration Association* (AAA)-*American Bar Association* (ABA) (Código AAA-ABA), que permite que, en algunos tipos de arbitraje, los árbitros designados por las partes (*party-appointed arbitrators*) no necesiten ser neutrales. Esto no implica que estos árbitros no tengan que ser imparciales, sino que, debido a sus antecedentes jurídicos, sociales y culturales, pueden hallarse favorablemente predispuestos hacia la parte que los designó. Mientras esta proximidad no les permite dictar el resultado del procedimiento, su falta de neutralidad no debe menoscabar la imparcialidad. Sin embargo, el árbitro presidente debe ser siempre neutral.

1. Relación entre la independencia y la imparcialidad

Como hemos visto, existe una diferencia conceptual entre la independencia y la imparcialidad. 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, como ya he dicho, son interdependientes, pero no son intercambiables. En todo caso, existen grandes zonas de solapamiento entre ambos conceptos.

Algunos dicen que, si bien ambos principios se invocan, con frecuencia, de forma conjunta, se tiende a poner mayor énfasis en la independencia, a expensas de la imparcialidad. Ambos conceptos adoptan como premisa fundamental el principio de independencia judicial. En otras palabras, tienden a considerar la independencia como un fin en sí misma, lo que conduce a que los demás principios, como la imparcialidad y el deber de rendición de cuentas (*accountability*), pasen a un segundo orden. Aunque la importancia de la independencia judicial no se puede negar, hay peligro de tratarla, como un fin en sí misma. Como el principal objetivo a que se aspira es que la decisión sea ética, justa y responsable, la imparcialidad ha de considerarse el fin y la independencia; un medio –un medio fundamental– para ello, pero no un fin en sí misma.

En mi opinión, la independencia, como cuestión de hecho, viene intelectualmente primero –y debe analizarse en primer lugar– y la imparcialidad, como cuestión psíquica, viene después. Un juez, como un árbitro, puede ser independiente –inexistencia de dependencia física, mental, económica y ausencia de presión– pero, puede tener prejuicios o conclusiones preconcebidas sobre la materia en disputa. Por consiguiente, creo que el orden en que se deben considerar dichos principios, tanto intelectualmente como en la prueba práctica, primero la independencia y segundo la imparcialidad.

Bishop y Reed (Bishop, D. y L. Reed. «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration», 14,395 *Arbitration International*, 1998,

p. 400) señalan acertadamente que un árbitro que sea imparcial, pero no totalmente independiente está capacitado para ser árbitro, mientras que un árbitro independiente que no sea imparcial, no lo está.

Hay que hacer notar que algunas leyes y normas sólo hacen referencia a la imparcialidad y no lo hacen a la independencia. Éste es el caso, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, que exige expresamente la imparcialidad, pero no la independencia de los árbitros. El Informe sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje n.° 104 (1996) del *Department Advisory Committee*, justificó esta postura afirmando que «debemos insistir en que creemos no perder nada de importancia omitiendo la referencia a la independencia. La carencia de esta cualidad puede dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad, que está contemplada; pero, si no lo hace, creemos no haber omitido nada de importancia por haber omitido usar este término. También la Ley de Arbitraje sueca no utiliza el término «independencia». En cambio, otras leyes y normas se refieren solamente a la independencia, dejando la imparcialidad en un segundo término (por ejemplo, las Reglas de Arbitraje de la CCI, art. 9).

Por su parte, en el Convenio Ciadi (art. 14.1), los principios generales que se aplican a la independencia del árbitro, son que el árbitro debe ejercitar «un juicio independiente» y que debe «juzgar justamente entre las partes». Aunque pueda ser discutible, algunos tribunales (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. la República Argentina*, caso Icsid n.° ARB/03/17 y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. vs. la República Argentina*, caso Icsid n.° ARB/03/19 de 22 de octubre de 2007) han declarado que la exigencia de dicho Convenio comprende los principios tradicionales de independencia e imparcialidad.

2. Apariencia de parcialidad

> Justice should not only be done; but should manifestedly and undoubtedly be seen to be done.
> Lord Hewart (*Lord Hewart R. vs. Sussex Justices*, ex parte McCarthy, 1924. 1 Kb 256 [1923] All ER 233).

Al igual que ocurre con los jueces, los árbitros deben ser especialmente sensibles a la necesidad, no sólo de ser justos, sino también de parecer justos a todo observador. Por ello, no sólo la existencia de parcialidad, sino la mera apariencia de parcialidad es suficiente para producir la descalificación del árbitro, circunstancia que debe ser revelada por el árbitro. Tras la famosa declaración de Lord Hewart: «la justicia no sólo debe ser hecha, sino que, manifiesta e indudablemente, debe parecer que es hecha», los árbitros, como los jueces, no sólo deben ser independientes e imparciales, sino que deben ser percibidos como tales.

En esta línea, la decisión judicial de EE.UU., en el influyente caso *Commonwealth Coatings Corp. vs. Continental Casualty Co.*, declaró que «todo tribunal autorizado por la ley para juzgar casos y controversias, no sólo debe ser imparcial, sino que debe evitar incluso la apariencia de parcialidad».

Aunque es posible que alguien tenga una relación, actual o previa, con una de las partes, puede considerar que se encuentra en una situación de independencia que le permite arbitrar el caso sin parcialidad, pero esta parte, la otra parte, la institución arbitral o el público en general, pueden tener dudas sobre la imparcialidad del árbitro, lo que corroboraría en caso de resultar ser la parte perdedora.

Uno de los casos más conocidos de necesidad de proteger la apariencia de imparcialidad, lo fue el caso Pinochet en los tribunales ingleses. En el mismo, el juez Hoffman, cuya esposa estaba relacionada con *Amnesty International*, no declaró esta circunstancia antes de que la Cámara de los Lores conociera el caso, lo que llevó a la anulación de la sentencia, en cuya votación había intervenido Hoffman y a repetir el proceso sin su intervención.

La mayoría de las legislaciones y reglamentos se refieren también a la necesidad de que el árbitro revele, no sólo cualquier interés o relación que puedan afectar a su imparcialidad, sino también cualquier interés o relación que puedan crear una apariencia de tal parcialidad (Canon ii Código AAA/ABA).

La apariencia de imparcialidad fue objeto de gran debate, también en los EE.UU., con ocasión de la revisión del Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA. Algunos comentaristas han criticado que la revisión podría debilitar la disposición que exige que los jueces no sólo deben evitar la incorrección real, sino también la apariencia de incorrección (Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA, C. 2, «A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all the judge's activities»), porque, aunque la nueva versión conserva el criterio de la apariencia, la diluye al decir qué violaciones «normalmente» no compro-

meten la disciplina profesional, salvo si hay cargos o violación de otras reglas (*The New York Times,* 22 May 2004, Editorial, p. A24).

(Autor: Ramón Mullerat. Barcelona).

Vocablos conexos: Designación de los árbitros. Independencia. Imparcialidad. Recusación. Tribunal arbitral.

Nombramiento de los árbitros (ver «Designación de los árbitros»)

Notificaciones y comunicaciones

1. Trascendencia de la cuestión

La correcta realización de las comunicaciones en el seno del procedimiento arbitral constituye un elemento imprescindible para dotarlo de suficientes garantías, a fin de evitar posibles anulaciones futuras. En esa línea, el art. 41.1.b) de la ley española de arbitraje establece que existirá motivo de anulación cuando una parte no haya 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». Lo cual, en similares términos, se prevé igualmente en el art. v.1.b) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y en el art. ix.1.b) del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional. Así como en diferentes legislaciones nacionales (*v. gr*., art. 1.059.(2).1.b) de la *Zivilprozessordnung* alemana y art. 63.1.b) de la ley peruana), si bien en otros casos este extremo no recibe una mención diferenciada, sino que cabría subsumirlo en las genéricas referencias a la indefensión como hecho habilitante de la impugnación.

A lo largo de la sustanciación de las actuaciones, resulta, por tanto, necesario establecer un sistema que sea respetuoso con las exigencias derivadas del derecho de defensa y con el denominado *due process*, pero que, al mismo tiempo, pueda ser coherente con la flexibilidad inherente al arbitraje y la agilidad que se requiere del mismo, sin reproducir necesariamente los esquemas propios de los procedimientos de índole jurisdiccional, por lo general, mucho más rígidos.

2. El paradigma de la Ley Modelo Uncitral

La Ley Modelo dedica a este tema el apartado 1) de su art. 3, titulado «Recepción de comunicaciones escritas», el cual se ha estimado aplicable, tanto en relación con las comunicaciones entre las partes, como pueda ser el requerimiento para someter la controversia a arbitraje (Clout Case n.° 20, *Fung Sang Trading Limited vs. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited*, High Court-Court of First Instance, Hong Kong, 29 October 1991), así como respecto a las dirigidas por los árbitros a aquéllas, incluida la notificación del laudo (Clout Case n.° 29, *Kanto Yakin Kogyo Kabushiki-Kaisha vs. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, Ontario Court of Justice, Canada, 30 January 1992).

En todo caso, la propia conveniencia de dicho precepto fue discutida en la fase de elaboración y aprobación de la Ley Modelo, toda vez que mientras algunos observadores defendieron la íntima conexión entre el sistema de notificaciones y el derecho de audiencia, otros sostuvieron su falta de necesidad, al tratarse de una cuestión ya tratada por la mayoría de los sistemas nacionales. Finalmente, dicha previsión fue introducida en el texto definitivo y se contiene; asimismo, *mutatis mutandi*, en el art. 2 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi; regla que, también con ciertas variaciones, ha sido adoptada por el art. 5 de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, en su apartado a), cuya inconstitucionalidad fue pretendida por diversos motivos, pero inadmitida mediante ATC, Pleno de 5 de julio de 2005.

3. Prevalencia de la voluntad de las partes

En este punto y como en otros muchos, las legislaciones arbitrales suelen diseñar una regulación subsidiaria de la que puedan, eventualmente, haber acordado las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad que tiene carácter prevalente en materia arbitral. En primer lugar, ésta podrá haber sido expresada en el propio convenio arbitral o en algún pacto complementario posterior, antes o durante el procedimiento arbitral. Y que, en segundo lugar, alternativa o cumulativamente a lo dicho, podrá venir indirectamente fijada por la remisión al reglamento de la institución a la que las partes se hayan remitido para la administración del procedimiento o que, simplemente, sea utilizado como patrón procedimental; pero, sin esa intervención administradora, teniendo en cuenta el carácter de tales reglamentos, en virtud del art. 2 de la Ley Modelo y de lo, específicamente, indicado en la Exposición de Motivos de la ley española, en donde se destaca que:

> […] la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral.

En ese sentido, los Reglamentos de las Cortes de Arbitraje más relevantes, tanto en el plano internacional como doméstico, contienen reglas específicas en esta materia.

4. Notificaciones y comunicaciones durante el procedimiento

Nos referiremos, a continuación, al régimen de tales actos en un arbitraje en curso, previsiones que también alcanzarán a la notificación del laudo, aunque ésta presenta ciertas singularidades que nos llevan a dedicarle un epígrafe diferenciado. Bien entendido que dicha regulación será aplicable tanto a la propia tramitación, una vez iniciado el procedimiento, como a las actuaciones tendentes a comenzarlo, como se indica en la Exposición de Motivos de la ley española, y sin que, en ningún caso, pueda extenderse a las actuaciones judiciales de control o apoyo del arbitraje, toda vez que éstas tienen su propia ordenación en la legislación rituaria civil.

Ciñéndonos, por otro lado, a las comunicaciones estrictamente referidas a la ordenación procedimental del arbitraje y que tengan carácter, por decirlo de alguna forma, plural, en la medida en que participen en ellas o al menos tengan conocimiento de las mismas todos los sujetos que intervengan en el procedimiento. Obviando, por tanto, aquéllas que tengan carácter *ex parte*; es decir, unilaterales entre el árbitro y una parte, lo cual tiene un tratamiento específico en otra voz de esta obra; y que, cuando se lleven a cabo entre el representante de aquélla y el árbitro, son objeto de una mención particular en las *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*.

4.1. Lugar para la práctica de la notificación o comunicación

Habitualmente, las legislaciones arbitrales no prevén expresamente la obligación de fijar un domicilio de comunicaciones, si bien en la práctica lo normal es que al inicio de todo procedimiento, ése sea uno de los puntos que primeramente se clarifiquen, con obligación de advertir cualquier cambio que pudiera producirse a lo largo del mismo. Con todo, no siempre es conocido el domicilio de la parte demandada o no siempre quiere ésta facilitar su localización, en supuestos de obstrucción al procedimiento arbitral. La cuestión podría venir resuelta en el propio convenio arbitral o, al menos, en el contrato en el que se inserta, fijando claramente los domicilios de notificación de las partes, pero lo cierto es que en muchas ocasiones no se tiene la cautela de incorporar ese extremo.

Tanto la Ley Modelo como la ley española parten de la corrección de la comunicación que haya sido efectuada personalmente al destinatario o al menos entregada en un lugar concreto, que la primera identifica como *place of business, habitual residence or mailing address*, mientras que nuestra normativa utiliza las expresiones *domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección*. Por lo que se refiere a la entrega personal, podrá ser realizada en cualquier sitio, ya que lo decisivo es que llegue, efectivamente, a su destinatario (o, en su caso, a su representante en el procedimiento), si existe constancia fidedigna de ello; en cuanto a los lugares alternativamente indicados, la realización de la comunicación en los mismos, es suficiente para entenderla válidamente practicada, aun cuando sea un tercero el que la reciba (*Uganda Telecom Limited vs. Hi-Tech Telecom Pty. Ltd.*, Federal Court, Australia, 22 February 2011 [2011] FCA 131). Y, junto a tales vías, la ley española añade otras, que podrían calificarse como «virtuales», al indicar que será, asimismo, válida toda notificación o comunicación 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, lo cual daría cabida a numerosos mecanismos de comunicación *online*, entre los que el más popularmente utilizado, es el correo electrónico.

Si tales medios no conducen a la entrega de la notificación, la normativa española acude al concepto de indagación razonable, al que se alude, asimismo, en la Ley Modelo y que se abordará en el siguiente epígrafe. Y, en caso de no poderse localizar ningún sitio donde pudiera ser hallado el destinatario, la Ley Modelo parte de la regularidad de la comunicación siempre que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega, lo que, con alguna particularidad, se recoge también en la Ley n.º 60/2003.

4.2. La «indagación razonable»

En el caso de resultar fallidos los que podríamos denominar intentos normales de comunicación, se exige habitualmente llevar a cabo la «indagación razonable» de un posible domicilio del destinatario en el que éste pudiera ser hallado; lo cual, empero, no se requiere en todos los ordenamientos que han seguido la Ley Modelo, como por ejemplo, pueda ser el alemán (Clout Case n.° 87, *Oberlandesgericht Dresden*, Germany, 11 Sch 19/05, 15 March 2005).

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que presenta una difícil delimitación y respecto al que en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, hubo algún intento de incluir una definición concreta que, finalmente, no prosperó. Por lo que se refiere al ámbito español, los comentaristas oscilan desde posiciones que apuntan la aplicabilidad de la doctrina constitucional sobre la diligencia debida exigible en la esfera jurisdiccional, antes de llevar a cabo la notificación edictal, a otras que rechazan la traslación de las reglas vigentes en la legislación procesal civil, especialmente, ante la diferencia de facultades de las que los árbitros disponen frente a los jueces.

Habiéndose indicado, por otro lado, que se trata de una carga predicable tanto de los árbitros como de la institución arbitral que administrara el procedimiento e, incluso, de la propia parte interesada en la notificación (AAP Madrid, Sección 11.ª, 21 julio 2009). Defendiéndose su interpretación casuística, en función de las circunstancias concurrentes, y teniendo en cuenta las limitaciones que pueda imponer la protección de datos personales.

Por otro lado, surge la duda respecto a, una vez efectuada una indagación razonable al principio del procedimiento, y no hallado el destinatario, cómo debe procederse en la continuación de dicho arbitraje. Sobre este particular, téngase en cuenta que la legislación arbitral española no prevé una declaración de rebeldía específica ni tampoco se establecen los sistemas especiales de notificación que la legislación procesal civil contempla para tal supuesto, si bien no parece plausible requerir una «indagación razonable» continuada para cada comunicación que deba practicarse, salvo que se apreciaran nuevas circunstancias o datos que así pudieran imponerlo.

4.3. Forma de practicar las comunicaciones

Los actos de comunicación deben llevarse a cabo, en primer lugar, en la manera acordada por las partes, como indicábamos con anterioridad. En defecto de ello, tendremos que distinguir, según nos hallemos ante un arbitraje *ad hoc* o administrado. En el primer caso, será la legislación de la sede arbitral la que marque las pautas en punto y, en su caso, los árbitros, dentro del margen decisorio que, en cada caso, se les conceda, con sujeción a los principios generales de audiencia, derecho de defensa y respeto al proceso debido. Mientras que si el procedimiento se gestiona por una institución arbitral, será el Reglamento de ésta el que de ordinario fije los sistemas a través de los cuales tengan que practicarse las comunicaciones en cuestión. Pudiendo, en el caso de que sean necesarios actos de notificación de dimensión transnacional, plantearse la posibilidad de aplicación de ciertos instrumentos, tales como el Reglamento (CE) n.° 1393/2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en consonancia con la amplia concepción jurisprudencial respecto a su ámbito de aplicación, al no ser necesario que tales comunicaciones se hallen vinculadas a un procedimiento judicial pendiente (STJUE de 25 de junio de 2009, asunto *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*).

5. La notificación del laudo

Generalmente, las legislaciones arbitrales no establecen un plazo concreto para efectuar tal comunicación. Así, el art. 31.(4) de la Ley Modelo se limita a indicar que, una vez dictado, se entregará un ejemplar del mismo a las partes, silencio que es común en diversas normativas nacionales (en ese sentido, art. 19 de la *Uniform Arbitration Act* estadounidense, art. 1.484 del *Code de procédure civile* francés, art. 1.054 de la *Zivilprozessordnung* alemana o el art. 386 del *Zivilrechtspflege* suizo).

A su vez, el art. 49.(1) del Convenio Ciadi, únicamente, precisa que la remisión del laudo será inmediata, lo que la *Arbitration Act* británica etiqueta, en su art. 55.(2), como *without delay*. Por su parte, el art. 37.7 de la ley española establece que «los árbitros notificarán 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 firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2».

La notificación del laudo tiene una importancia capital, en una doble vertiente: en primer lugar, supone el inicio del cómputo del plazo para poder interesar la anulación del laudo; en segundo lugar, constituye un requisito inexcusable para su ejecutabilidad. Respecto a lo primero, conforme al art. 41.4 de la ley española, la notificación se erige como *dies a quo* para su impugnación, en línea con lo dispuesto en el art. 34 de la Ley Modelo y a diferencia de otros ordenamientos en los que el plazo comienza desde que se hubiere dictado el laudo (*v. gr*., como establece el art. 70.3 de la *Arbitration Act*).

Por otro lado, esa notificación puede condicionar notablemente la posterior ejecución del laudo, como sucede en el sistema español, al disponer el art. 550.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deberán acompañarse a la demanda ejecutiva los documentos acreditativos de tal notificación a las partes. La razón del control de dicho extremo se ha encontrado en la tutela efectiva garantizada en el art. 24.1 CE, si bien ello no ha estado exento de crítica, al remarcar algunos autores que no pueden aplicarse miméticamente, las exigencias de la LEC, por cuanto ello podría suponer la desnaturalización del arbitraje.

En este punto, tienen especial interés los criterios unificados de la Audiencia Provincial de Madrid, en concreto los de 28 de septiembre de 2006, en cuyo apartado 10 se establecieron los siguientes tres criterios: en primer lugar, que es posible la notificación del laudo en el «domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección» del interesado, sin necesidad de que sea recogida por el mismo; en segundo lugar, que 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; y, por último, que la indagación razonable sobre el domicilio debe ser evaluada en cada supuesto; pero, en todo caso, deberá contemplar la averiguación en los registros públicos de los que se pueda extraer algún dato que permita localizar el domicilio o residencia del interesado.

De otro lado, en cuanto a la jurisprudencia que se ha ocupado de este aspecto, pueden destacarse, entre otras resoluciones, el Auto AP Madrid, Sección 12.ª, de 30 de marzo de 2012, que proclama la posibilidad de apreciar de oficio la correcta notificación o no del laudo arbitral, al objeto de determinar si procede el despacho de ejecución; el Auto AP Madrid, Sección 11.ª de 14 de octubre de 2011, que considera insuficiente la mera remisión por correo certificado, aun reflejándose la mención a la notificación del laudo, por no constar el contenido del envío; o el Auto AP Madrid, Sección 12.ª de 22 de septiembre de 2011, que niega validez al mero intento de notificación del laudo sin realizar, posteriormente, trámites adicionales de localización.

(Autor: Manuel de Lorenzo Segrelles.
Director del Tribunal Arbitral de Valencia).

Referencias bibliográficas: Binder, P. *International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions*. Londres: Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, 2010. Caron, D.D. y L.M. Caplan. *The Uncitral Arbitration Rules. A Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2013. Gascón Inchausti, F. «La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa». *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Ciamen-Iprolex, vol. i, 2008 (1). Guzmán Fluja, V. *Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos. Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Barona Vilar, Silvia (coord.). Madrid: Civitas, 2011. Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A. *Título I. Disposiciones generales. Comentario a la ley de arbitraje*. De Martín Muñoz y Hierro Anibarro (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. Íscar de Hoyos, J. «Notificaciones y comunicaciones en la vigente Ley de Arbitraje. Validez del artículo 5.a)». *Actualidad Jurídica.* Madrid: Aranzani, 2005, año xv, n.º 692. Kaufmann-Kholer, G. y T. Schultz. *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*. Londres: Kluwer Law International, 2004. Kurkela, M.S. y S. Turunen. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2010. Montesinos García, A. *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007. Olivencia Ruiz, M. *Artículo 5. Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. González Soria (coord.). Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011. Picó I Junoy, J. «Artículo 5: El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa*, 2004, n.º 5, 2004.

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Arbitraje *on line*. Comienzo del arbitraje. Comunicaciones *ex parte*. Debido proceso. Defensa y contradicción. Emplazamiento. Igualdad de las partes. Indagación razonable.

O

Objeto del procedimiento arbitral (objeto de la controversia inter partes respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral)

1. Concepto e introducción general

El objeto del arbitraje aparece directamente conectado con el contenido del convenio arbitral o pacto de arbitraje firmado por las partes. La controversia respecto a ese conjunto de deberes y derechos (relación jurídica), así como el presunto incumplimiento o vulneración de los mismos, conformará el objeto del arbitraje. Integran el objeto de un proceso (aplicable al proceso arbitral) tres elementos: las pretensiones de las partes, el *petitum* y los sujetos.

Nuestro punto de partida es que el objeto del proceso arbitral lo constituyen esas diferencias surgidas entre las partes respecto al cumplimiento o incumplimiento del contenido del contrato obligacional, y que en su día, fueron libre y voluntariamente sometidas a arbitraje. Esa controversia, por tanto, es el objeto del procedimiento arbitral, la que se somete, pues, al fallo arbitral. La cláusula arbitral establece los límites del que será el objeto del procedimiento arbitral. En la medida que la redacción de esa cláusula o convenio sea más o menos generalista, podremos establecer en cada caso la dimensión del objeto del procedimiento; y, por tanto, los límites, las cuestiones a dilucidar, y en fin, los extremos sobre los que deberá pronunciarse el laudo.

El contenido y extensión de la controversia (objeto del proceso arbitral) lo establecerán las partes en sus actuaciones (escritos de demanda y contestación, proposición de pruebas y conclusiones) y el árbitro deberá laudar sobre todos los extremos señalados por las partes como controvertidos.

Las controversias que surgen entre las partes y que tradicionalmente se dirimen en sede judicial, se han ido sometiendo progresivamente por voluntad de las partes (salvo casos de expresa exclusión) y en una tendencia que, actualmente, parece imparable, a sistemas de resolución alternativa de conflictos, en especial al arbitraje, un sistema que además de descongestionar la vía judicial, permite a las partes participar de un procedimiento que les afecta de una forma más flexible y directa.

Como indica Elías Campo en *El arbitraje en las sociedades mercantiles,* RJC 1998 (2), con el pacto o convenio arbitral las partes persiguen dos finalidades o efectos: *1)* el negativo, excluyendo a los tribunales ordinarios del estudio de esa controversia, y *2)* el positivo, fundar la competencia de los árbitros para decidir sobre dicha controversia.

Respecto a la materia o contenido jurídico-obligacional que puede generar controversia o ser susceptible de arbitraje entre las partes; y, por tanto, constituirse en objeto de un procedimiento arbitral, nos remitimos a la exposición realizada en el vocablo «disponibilidad del objeto».

2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado

Respecto a la resolución de la controversia (objeto del procedimiento) las partes también establecerán si debe ser resuelta conforme a Derecho o equidad, si bien parece clara la tendencia en todas las normativas vigentes amparadas en la Ley Modelo, de establecer la presunción que en defecto de pacto entre las partes, la preferencia será por el arbitraje en Derecho. En España, por ejemplo, el arbitraje de equidad requerirá pacto expreso.

La Asamblea General de la ONU ya establece en numerosas resoluciones que debe reconocerse el valor del arbitraje como método de solucionar controversias (objeto del proceso arbitral) nacidas de las relaciones comerciales internacionales. Y de este reconocimiento, se desprende la recomendación de que la Ley Modelo sirva de referente para regular esta resolución de controversias a los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos.

Igualmente, en este sentido se establece la necesidad de uniformar el marco jurídico para resolver las controversias surgidas entre las partes y que constituyen el objeto de los arbitrajes, al amparo de la Ley Modelo

Cnudmi/Uncitral, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

3. Comentarios y conclusiones

Resulta evidente que el objeto de cualquier procedimiento (sea arbitral o judicial), es la controversia surgida entre las partes procesales y que, en el caso que nos ocupa, el arbitraje, la resolución de la misma ha sido libre y voluntariamente sometida a arbitraje por el denominado convenio/cláusula arbitral o pacto de arbitraje. Ese sometimiento, pues, es el que legitima la competencia del árbitro/árbitros.

Para definir el concepto de «objeto», resulta imposible describir un elenco de las mil controversias que pueden surgir *inter* partes obligadas por un contrato; resulta imposible, pues la casuística sería infinita.

Tres ideas se han pretendido plasmar en la definición de este concepto: *1) la definición etimológica*; es decir, el objeto es la controversia, la discrepancia surgida entre las partes y sobre la que el árbitro debe laudar, *2) la tendencia de que la apuesta firme actual,* es la de dirimir las controversias mediante sistemas de resolución alternativa de conflictos y entre los cuales ejerce un claro liderazgo el arbitraje, *3) que para el fortalecimiento del sistema es necesaria la uniformidad jurídica* y que, en este sentido, la referencia reside en los contenidos de la Ley Modelo y resoluciones de la ONU de referencia.

(Autor: Pedro Yúfera. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003. Ley Orgánica del Poder Judicial Española; Ley de Enjuiciamiento Civil Española; Ley Modelo Cnudmi/Uncitral. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*. Tribunal Arbitral de Barcelona. Código Finra y Club Español del Arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.). *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas. GONZÁLEZ MONTES, José F. (coord.). «Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave». Madrid: La Ley. CAMPO VILLEGAS, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». RJC, 1998 (2).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Buena fe. Convenio arbitral. Cosa juzgada. Cosa Juzgada del laudo arbitral. Excepciones preliminares. Ineficacia del convenio arbitral. Orden público.

OFERTA DE COMPENSACIÓN

En principio, la expropiación por parte de un Estado receptor de una inversión extranjera es lícita, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos mínimos. Es posible que dichos requisitos varíen dependiendo del tratado bilateral de protección de inversiones que sea de aplicación. Sin embargo, tanto la mayoría de los tratados internacionales como el Derecho internacional consuetudinario incluyen como requisito necesario que la expropiación esté acompañada del pago de un justiprecio o compensación.

Por ejemplo, el art. v del *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela*, firmado el 2 de noviembre de 1995, establece que la «indemnización se abonará sin demora». Posteriormente, el mismo artículo habla de «una compensación pronta, adecuada y efectiva». Este mismo lenguaje, o un lenguaje similar, se repite en innumerables instrumentos internacionales. Surge, entonces, el problema de dilucidar qué debe entenderse por «sin demora» o «compensación pronta». En particular, se ha de analizar si es necesario que la compensación se pague anteriormente o simultáneamente a la expropiación o, por el contrario, si es suficiente una oferta de compensación o el establecimiento de un mecanismo que permita llegar al monto de compensación tras la expropiación.

Para responder a esta pregunta, el inversionista extranjero debe acudir primero al tratado bilateral de protección de inversiones correspondiente. Por ejemplo, el art. 8 del Protocolo del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Árabe de Egipto sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 11 de marzo de 1986, establece que «pronta» no «necesariamente significa instantánea» y aclara que «la intención es que la Parte lleve a cabo diligentemente y expeditamente las formalidades necesarias» (traducción libre). Otros tratados pueden contener formulaciones distintas; pero, generalmente, no

suelen aportar mucha información al respecto. Por tanto, es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia internacional para responder a esta cuestión.

Dolzer y Schreuer consideran que compensación «sin demora» y «pronta», son términos sinónimos que pueden intercambiarse. Sin embargo, estas expresiones no establecen un momento temporal preciso, resultando en una laguna en cuanto a qué significan realmente. La regla «compensación pronta, adecuada y efectiva» es una referencia a la formulación clásica de compensación por expropiación denominada «Doctrina Hull», la cual tampoco define momento temporal alguno. La Doctrina Hull se denomina así por el Secretario de Estado de los Estados Unidos Cordell Hull, el cual, tras la expropiación de inversiones norteamericanas en México en 1938, expresó que bajo Derecho internacional era necesaria una «compensación pronta, adecuada y efectiva».

Ha habido algunos intentos de definir estos conceptos. Por ejemplo, el apartado iv.8 de las Directrices del Banco Mundial sobre el Trato de la Inversión Directa Extranjera (*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investors*) dice que la compensación se entenderá como «pronta» normalmente si se paga «sin demora». Sin embargo, la definición del Banco Mundial resulta en un círculo vicioso. Otros autores, como Rubins y Kinsella, entienden que compensación «pronta» significa que, antes o al momento de la expropiación, el Estado receptor haya pagado la compensación o que se haya dispuesto un mecanismo para determinar el monto de la misma (conjuntamente con el interés devengado desde el momento de la expropiación).

En igual sentido, Marboe explica que se ha abandonado la postura anterior de que una «promesa» de pagar compensación no era suficiente como para que la expropiación fuese lícita. Este autor argumenta que hoy existe un consenso en cuanto a que es suficiente que, al momento de la expropiación, el Estado ofrezca una compensación o provea un mecanismo para la determinación de la compensación. Este autor cita para fundamentar su opinión, entre otras fuentes, la opinión separada del juez Brower en el caso *Sedco vs. NIOC*, el cual comparte plenamente esta postura.

La jurisprudencia internacional también ha tenido la oportunidad de analizar qué se entiende por «compensación pronta» o «sin demora». En *Mondev Int'l vs. Estados Unidos*, el tribunal arbitral tuvo que interpretar el art. 1110(3) del Tlcan, el cual expresa que el «pago de la indemnización se hará sin demora». En los párrafos 71-72 del laudo, el tribunal arbitral reconoció que el referido artículo del Tlcan no requiere que la compensación tenga que ser pagada al momento exacto de la expropiación. En cambio, el tribunal arbitral consideró que era suficiente que el Estado reconociese «claramente» la obligación de pagar una compensación o estableciera un procedimiento que pudiese ser utilizado inmediatamente (*readily available*) para asegurar el pago de una compensación.

El tribunal arbitral del caso *Goetz vs. Burundi* adoptó una postura similar en el párrafo 130 del laudo de fecha 10 de febrero de 1999. En particular, el tribunal consideró que, «a diferencia de algunos Derechos locales en relación con una expropiación, no se requ[ería] compensación previa a la expropiación» (traducción libre). En *Letco vs. Liberia*, el tribunal enumeró los requisitos para un acto de nacionalización. Entre ellos, en la sección iv(1) del laudo, el tribunal expresó que una nacionalización debe «acompañarse del pago (o al menos de una oferta de pago) de una compensación adecuada» (traducción libre).

Otros tribunales también han considerado que el establecimiento de un mecanismo para dilucidar el monto de la compensación es suficiente. En *Liamco vs. Libia*, en los decretos de expropiación el gobierno libio reconoció la obligación de pagar una compensación que sería establecida por un comité *ad hoc* (por constituir). El tribunal arbitral otorgó relevancia a este hecho y mencionó que el gobierno había reconocido su obligación de pagar una compensación. En *Amoco vs. Irán*, el demandado argumentó que, a pesar de que existía un procedimiento mediante el cual el demandante podía solicitar compensación, éste decidió no utilizarlo. El tribunal concluyó que, puesto que este mecanismo existía y había sido utilizado exitosamente por otros inversionistas, ello era suficiente como para considerar que la expropiación era lícita.

Pueden surgir divergencias en cuanto a si la oferta de compensación es o no realista. Para los autores Ripinsky y Williams, la clave es que el Estado receptor formule la oferta de buena fe. Incluso, especifican que una oferta hecha de buena fe, aunque sea insuficiente, no implica necesariamente que la expropiación sea ilícita. Por el contrario, excluyen las ofertas de compensación manifiestamente irrazonables. Según Bowett, quien también considera suficiente una oferta de compensación, para que la expropiación sea ilícita, la oferta debe ser tan baja como para resultar en una virtual negación de la obligación de compensar.

Parece que la jurisprudencia arbitral ha tomado la misma postura. En *Santa Elena vs. Costa Rica*, la proporción entre la compensación ofrecida y solicitada por el inversionista era 1:3, mientras que la proporción

entre la compensación ofrecida y la declarada por el tribunal arbitral era 1:8. No obstante, el tribunal arbitral consideró en el párrafo 101 del laudo arbitral, que la expropiación era lícita. Algo parecido sucedió en *Aminoil vs. Kuwait*, en donde el tribunal arbitral consideró que existía una diferencia considerable entre la cantidad de compensación solicitada por el inversionista y la cantidad ofrecida por el Estado, pero no consideró esto suficiente como para declarar la expropiación ilícita.

Tal vez, un posible ejemplo de una expropiación en la que la oferta de compensación era manifiestamente irrazonable es *Rumeli vs. Kazajistán*. Aquí, el Gobierno ofreció US$ 3.000, pero no en concepto de compensación, sino por la redención de las acciones propiedad del inversionista. Notablemente, esta cantidad era irrisoria en comparación con los US$ 125 millones a los que, finalmente, el tribunal arbitral condenó a que pagara el Estado. El tribunal arbitral expresó en el párrafo 706 del laudo, que la valuación del gobierno era «manifiesta y groseramente inadecuada», por lo que decretó que la expropiación fue ilícita (traducción libre).

(Autor: Bernardo M. Cremades, Jr. Socio de B. Cremades & Asociados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DOLZER, R. y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 90-92. RUBINS, N. y N.S. KINSELLA. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. La Haya: Oceana Publications Inc., 2005, p. 179. MARBOE, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2009, pp. 52-59. NEWCOMBE, A. y L. PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties-Standards of Treatment*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 18, 369-398. DOLZER, R. y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 109-112. MCLACHLAN, C. y otros. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, pp. 316-319. BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 515. BANCO MUNDIAL. *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investors*. Reimpreso en 31 ILM 1363. RIPINSKY, S. y K. WILLIAMS. *Damages in International Investment Law*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 67-69. BOWETT, D. *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*. 59 BYIL 49 (1988), pp. 69-70.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Sedco Inc. vs. National Iranian Oil Company y otros*, 10 Iran-U.S.C.T.R. 180, laudo 59-129-3 de 27 de marzo de 1986. *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos*, Caso Ciadi n.° ARB(AF)/99/2, laudo de 11 de octubre de 2002; *Goetz y otros vs. Burundi*, Caso Ciadi n.° ARB 95/3, laudo de 10 de febrero de 1999. *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) vs. República de Liberia*, Caso Ciadi n.° ARB/83/2, laudo de 31 marzo de 1986, reimpreso en 26 ILM 647 (1987). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica*, Caso Ciadi n.° ARB/96/1, laudo de 17 de febrero de 2000. *Libyan American Oil Company (Liamco) vs. Gobierno de la República Árabe de Libia*, laudo de 12 de abril de 1977, reimpreso en 20 ILM 1 (1981). *Gobierno del Estado de Kuwait vs. American Independent Oil Company (Aminoil)*, laudo de 24 de marzo de 1982, reimpreso en 21 ILM 976 (1982). *Amoco International Finance Corporation vs. Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, 15 Irán-U.S.C.T.R. 189, laudo 310-56-3, de 14 de julio de 1987. *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS vs. Kazajistán*, Caso Ciadi n.° ARB/05/16, laudo de 21 de julio de 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Doctrina Hull. Efectos extraterritoriales de la expropiación. Expropiación (a la luz del Derecho internacional). Expropiación ilícita. Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones). Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en).

OFERTA DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL AL ARBITRAJE

En la actualidad, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores, cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión. Como en cualquier tipo de arbitraje, y el arbitraje en inversiones no es una excepción, la competencia de un tribunal arbitral se fundamenta en la manifestación de voluntad de las partes en someterse al mismo. Un consentimiento que ha de ser otorgado por ambas. Precisamente, es en relación con la prestación de este consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión y sus especiales modalidades, lo que es objeto de esta específica voz en esta Enciclopedia. En efecto, en la actualidad el arbitraje en inversiones extranjeras no se fundamenta en las cláusulas arbitrales que, de forma tradicional, se han venido incorporando en los contratos de inversión que vinculan a los inversores con los Estados receptores de la inversión.

Es en dichos acuerdos como, de forma simultánea, las partes otorgan su consentimiento al desarrollo de un arbitraje internacional que resuelva sus diferencias. Por el contrario, en los últimos años, en la inmensa mayoría de los casos que han sido iniciados por parte de los inversores, el criterio competencial de un tribunal arbitral se basa en una manifestación de voluntad «avanzada» por parte del Estado receptor, ya sea en su legislación interna o en un tratado internacional sobre inversiones que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversor, manifestación de voluntad que es aceptada, posteriormente, por parte del inversor privado.

Sirva como ejemplo que, de acuerdo con los datos facilitados por el Ciadi en el año 2013, únicamente el 20% de los casos iniciados en dicha institución arbitral en toda su historia, están basados en una cláusula de arbitraje contenida en un contrato de inversión, mientras que en el 80% restante, el consentimiento estatal había sido «ofertado» con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral, ya sea en la legislación interna (6%) o bien, en la inmensa mayoría de los casos, en un tratado internacional (74%).

La posibilidad de que los Estados, en sus legislaciones internas, puedan ofertar su consentimiento a someter sus diferencias en materia de inversiones con los inversores privados extranjeros, es hoy una práctica plenamente aceptada. Tal «oferta» de consentimiento, sin embargo, por sí sola, no produce ningún efecto vinculante para el Estado receptor de la inversión, hasta que la misma se acepte por parte del inversor, ya que el consentimiento ha de ser mutuo. Sin embargo, a pesar de que tal posibilidad de «oferta» sea práctica habitual, un análisis detallado de tales manifestaciones de voluntad nos muestra que no en todos los casos estas referencias al arbitraje internacional, constituyen una verdadera «oferta», que en caso de ser aceptada por el inversor, se constituye en un consentimiento vinculante para ambas partes, de acudir al procedimiento arbitral.

En este sentido, sirva como ejemplo, la reciente práctica arbitral relativa al art. 22 de la ley venezolana de promoción y protección de las inversiones extranjeras de 1999 en los asuntos Cemex, Mobil Corporation y Brandes Investment Partners.

Es posible, por lo tanto, diferenciar dos grandes grupos de «ofertas» de consentimiento contempladas en las legislaciones internas de los Estados receptores de las inversiones:

a. Aquellas expresiones de voluntad de las que puede derivarse un consentimiento «avanzado» del Estado receptor, pudiendo ser aceptado por parte del inversor extranjero. Dentro de este grupo hay que incluir tanto aquellas legislaciones nacionales que inequívocamente contemplan un sometimiento a los procedimientos arbitrales, ya sea con exclusividad al Ciadi o conjuntamente con otros métodos de solución de controversias, y aquellas otras de las que, aun no existiendo tal claridad en la manifestación de voluntad, puede interpretarse que los términos utilizados constituyen un expreso otorgamiento del consentimiento estatal.

b. El otro grupo está integrado por todas aquellas legislaciones nacionales donde la referencia a los procedimientos arbitrales, de ninguna manera pueden considerarse como una «oferta» de consentimiento por parte estatal. En este caso, han de incluirse las disposiciones que contemplan la necesidad de que para que pueda existir consentimiento, es necesario un posterior acuerdo específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero o aquellas otras en las que se prevé que, únicamente, será mediante la autorización de la inversión por parte del Estado receptor, que se produzca el consentimiento del mismo.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que solamente cuando estemos en presencia de una expresión de voluntad del primer grupo descrito, la manifestación del inversor extranjero, aceptándola, perfeccionará el consentimiento para someter las diferencias a un procedimiento arbitral. La aceptación del inversor, en principio, no está sometida a ninguna formalidad, aunque si es aplicable el art. 25.1 del Convenio Ciadi, éste dispone que sea hecha por escrito y que deberá realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento de arbitraje ante el Centro, considerándose de forma general que la solicitud de iniciación del procedimiento, constituye tal aceptación. Sólo en aquellos casos en donde la legislación nacional donde se oferta el consentimiento estatal, se estableciera alguna forma específica o condición especial para el otorgamiento de tal aceptación por parte del inversor, tal limitación habrá de cumplirse adecuadamente para que pueda afirmarse la existencia de un consentimiento vinculante para ambas partes.

Tal y como hemos ya señalado, la peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un tratado internacional sobre inversiones (Appri), consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos tratados lo que existe es una «oferta» de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión. Esta manera de actuar, aunque hoy en día es mayoritaria –sirva como ejemplo la Unión Europea y su nueva política convencional sobre inversiones extranjeras–, ha encontrado muy recientemente ciertos posicionamientos estatales que abiertamente rechazan dicha posibilidad, ya sea no incluyendo cláusulas de solución de controversias inversor-Estado en sus compromisos internacionales, como es el caso de Australia o, denunciando los tratados bilaterales que incluyen dichas cláusulas e incluso a la propia Convención Ciadi, como han sido los casos de algunos países sudamericanos como Ecuador o Venezuela.

La tipología existente de las ofertas estatales en los tratados, nos obliga a distinguir de forma detallada dichas manifestaciones de voluntad, pues no en todos los casos en donde se realiza una referencia al arbitraje

internacional constituyen una verdadera «oferta» que, en caso de ser aceptada por el inversor, se transforma en un consentimiento vinculante para ambas partes que pretendan acudir a dicho método de resolución de controversias. En concreto, se puede hacer una distinción entre cuatro grandes grupos de tratados:

a. Aquéllos, que son la mayoría, que contienen «ofertas» de consentimiento al arbitraje internacional de naturaleza clara e inequívocamente obligatoria y vinculante para los Estados parte en este tratado. En este grupo se incluirían tanto aquellos tratados con cláusulas con un consentimiento expreso al procedimiento arbitral, como aquellos otros donde los términos utilizados no dejan lugar a dudas de la existencia de un compromiso por parte de los Estados contratantes de acudir a aquél, ya sea de forma exclusiva a favor del Ciadi o en compañía de otros medios de solución de diferencias. Este grupo de tratados sería en el único caso donde la aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante, por sí sola perfeccionaría el consentimiento a someter las diferencias a un procedimiento arbitral.

b. En un segundo grupo se encuentran aquellos tratados que contienen cláusulas referidas al procedimiento arbitral, donde se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes de que, a solicitud del inversor extranjero, el Estado receptor ha de otorgar el consentimiento. No constituye, en consecuencia, una «oferta» de consentimiento que, por la mera aceptación del inversor, se podría considerar perfeccionado el consentimiento, sino que se requiere una acción posterior del Estado receptor, que sería la que en última instancia constituiría ese consentimiento. Si ante la solicitud del inversor, el Estado receptor niega la prestación de su consentimiento, el inversor, por sí mismo, no puede obligar a ese Estado a que lo haga, pero sí lo podría hacer el otro Estado contratante del tratado, Estado del que es nacional el inversor, ya que el Estado receptor estaría incumpliendo sus obligaciones derivadas del tratado, y si aún así siguiese manteniendo tal actitud, podría acudirse a los medios de solución de controversias interestatales previstos en ese texto convencional.

c. En una tercera categoría podemos agrupar todos aquellos tratados donde la referencia al procedimiento arbitral como método de solución de controversias constituye una mera declaración de que los Estados parte tendrán de forma general una consideración favorable hacia los mismos. Descartada de cualquier forma que estas cláusulas puedan de alguna manera considerarse como un consentimiento «avanzado», únicamente cabe que ante una solicitud de un inversor extranjero para que el Estado receptor preste su consentimiento, este Estado no actúe de forma arbitraria al considerar tal solicitud.

d. Por último, en un cuarto grupo han de englobarse todos aquellos tratados que contienen cláusulas en referencia al arbitraje internacional y donde se expresa claramente que es necesario un acuerdo específico posterior entre el Estado receptor y el inversor nacional del otro Estado contratante, de sometimiento al procedimiento arbitral.

En consecuencia, únicamente cuando estemos en presencia de una cláusula de un tratado del primer grupo, se puede decir que existe una verdadera «oferta» de consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional. Pero, tal y como hemos señalado con anterioridad, ésta por sí sola no puede constituir el fundamento para la competencia de un tribunal arbitral internacional, sino que es necesario, en todo caso, la aceptación por parte del inversor.

(Autor: Enrique Fernández Masiá. Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Castilla-La Mancha).

Referencias bibliográficas: Fernández Masiá, Enrique. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. FernÁndez Masiá, Enrique. *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Fernández Masia, Enrique. «Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones». *Arbitraje.* Revista de arbitraje comercial y de inversiones, 2010, vol. iii, n.º 2, pp. 411-433. Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión». *Aedipr*, 2008, tomo viii, 2008, pp. 595-614. Pascual Vives, Francisco José. «Consent to Icsid Arbitration: Recent Conventional and Arbitral Practice». *TDM*, 2011, n.º 2. Requena Casanova, M. «La solución de controversias en los modelos de Appri: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias». *REEI*, 2012, n.º 24. Schreuer, C. «Consent to Arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Muchlinski, P. y C. Schreuer. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 830-867. Schreuer, C., L. Malintoppi, A. Reinisch, y A. Sinclair. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición. Steingruber, A.M. *Consent in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri). Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi).

Opción irrevocable (ver «Cláusula de opción irrevocable»)

Opinión disidente

La opinión disidente es una figura dentro de las opiniones individuales que emite un miembro de un tribunal arbitral, mediante la que expresa una postura propia y distinta a los demás miembros del tribunal arbitral.

En líneas generales, las opiniones que emite un árbitro suponen un distanciamiento –ligera o radicalmente opuesto– del laudo emitido por la mayoría de los árbitros que componen el tribunal arbitral. En este sentido, podríamos sistematizar las opiniones del árbitro en «opiniones disidentes», «opiniones concurrentes» y «opiniones separadas».

Estas tres opiniones no son lo mismo, sino que son tres conceptos jurídicos distintos; y, además, no son infrecuentes; e, interesantemente, desde una perspectiva académica y práctica, estas opiniones no han sido contempladas en la Ley Modelo Uncitral.

1. Precisiones conceptuales

La opinión disidente se diferencia de la opinión concurrente y la opinión separada.

La opinión concurrente es la que presenta el árbitro que está de acuerdo con las conclusiones y decisiones de la mayoría del tribunal arbitral, a las que llega por un razonamiento diferente. El árbitro que emite una opinión concurrente puede ser calificado de «árbitro intelectual», en tanto que hace conocer a las partes un razonamiento que él estima más apropiado para fundar la decisión arbitral.

La emisión de una opinión concurrente no siempre es inútil. Si, por ejemplo, el razonamiento del árbitro concurrente es más persuasivo que la mayoría del tribunal, la comunicación de esta opinión a las partes puede ciertamente incitarlas, de manera más eficaz, a ejecutar espontáneamente las obligaciones derivadas del laudo arbitral.

Por otro lado, cuando un árbitro está totalmente en desacuerdo con la mayoría del tribunal, puede estar inclinado a emitir «su propio laudo» o un «según él»; es decir, una «opinión separada». Para nosotros es evidente que, cuando se llega a emitir una opinión separada, las relaciones entre los miembros del tribunal están ya deterioradas, al menos, en el caso que se ventila.

2. La tipología de la opinión disidente

Es posible proponer una tipología de la opinión disidente sobre la base de tres criterios: el origen de la opinión disidente, el contenido de la opinión disidente y la forma de la opinión disidente.

2.1. El origen de la opinión disidente

La opinión disidente puede encontrar su origen en un laudo arbitral mayoritario o en una ordenanza de procedimiento mayoritaria.

Si bien es verdad que el primer origen es más importante, por cuanto la opinión disidente puede favorecer los riesgos de un eventual recurso de anulación contra el laudo arbitral mayoritario, no se debe olvidar que los árbitros conservan el derecho a emitir una opinión disidente con respecto a una decisión mayoritaria relativa al procedimiento (Caso *Nafimco*).

2.2. El contenido de la opinión disidente

En cuanto a su contenido, la opinión disidente puede ser total o parcial.

La disidencia total de un árbitro respecto del laudo coincide con la opinión separada y puede reflejar una relación muy deteriorada entre los miembros del tribunal arbitral.

Cuando el árbitro manifiesta su desacuerdo solamente con algunos puntos del laudo arbitral mayoritario, el árbitro expresa una disidencia parcial.

2.3. La forma de la opinión disidente

La opinión disidente puede revestir tres formas diferentes: la simple mención de la disidencia, la disidencia expuesta en detalle en el mismo cuerpo del laudo arbitral mayoritario y la disidencia expresada por medio de la elaboración de un documento aparte.

2.3.1. La simple mención de disidencia

El laudo arbitral mayoritario puede limitarse a hacer una simple mención de la disidencia.

Nosotros queremos calificar esta forma de opinión disidente como «disidencia elegante».

Dos fórmulas diferentes han sido remarcadas por la CCI para mencionar discretamente la existencia de una disidencia. Algunos árbitros se limitan a precisar que «el laudo arbitral refleja la mayoría de las voces». Otros prefieren especificar que «uno de los árbitros no está de acuerdo con la mayoría del tribunal sobre ese punto».

La falta de claridad en cuanto a la finalidad de la simple mención de una disidencia permite entrever la ambigüedad del fenómeno. En efecto, parecería que la finalidad de mencionar una disidencia es, para el árbitro disidente, poder decir a la parte que le había designado que la mayoría del tribunal arbitral no le da la razón sobre uno o varios puntos en los que «es él quien no estaba de acuerdo». Esto muestra bien las sombras que rodean cansadamente nociones, en principio tan absolutas y limpias, como la independencia; y, sobre todo, la imparcialidad en el arbitraje internacional.

2.3.2. La disidencia expuesta en detalle en el mismo cuerpo del laudo arbitral mayoritario

El árbitro disidente puede, igualmente, elegir expresar su disidencia en detalle dentro del mismo laudo arbitral mayoritario.

En este caso, el árbitro disidente ha elegido hacer constar su disidencia en un capítulo independiente y separado de la sentencia mayoritaria, titulando su opinión como «opinión disidente» u «opinión del árbitro disidente».

Parecería que la finalidad de la disidencia expresada bajo esta forma coincide con la de la mención simple de la disidencia evocada anteriormente.

2.3.3. La disidencia expresada por medio de la elaboración de un documento aparte

Esta forma de disidencia amerita observaciones en cuanto a su contenido, su examen y su comunicación a las partes.

a) *El contenido de la opinión disidente*

En cuanto al contenido de la opinión disidente, cabe citar un excelente artículo de Alan Redfern (*The 2003 Freshfields Lecture - Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: the Good, the Bad and the Ugly*), en tanto que podríamos encontrar lo bueno, lo malo y lo feo.

The Good es notablemente observable en los asuntos donde un laudo arbitral ha sido dictado contra una persona jurídica de Derecho público y el árbitro designado por ésta ha tenido que manifestar su desacuerdo en base (la inmensa mayoría de veces) a disposiciones de Derecho administrativo del Estado soberano concernido.

The Good está igualmente reflejado en las opiniones disidentes emitidas por profesores de Derecho que han tenido que clarificar un debate jurídico esencial ante sus ojos.

The Bad, por su parte, aparece cuando el árbitro disidente considera que es necesario criticar el razonamiento de la mayoría de miembros del tribunal arbitral y, a veces, la manera en la que las deliberaciones del tribunal se han hecho. *The Bad* puede devenir en *the Ugly* cuando el árbitro disidente vierte intencionalmente palabras maliciosas al razonamiento de los otros árbitros.

The Ugly llega cuando el árbitro disidente utiliza su opinión disidente para preparar el terreno para un eventual recurso de anulación que la parte que le ha designado pueda interponer contra el laudo dictado en su contra.

b) *El examen previo de la opinión disidente*

La expresión de una disidencia en un documento separado posee, igualmente, el problema de su examen previo por la mayoría del tribunal arbitral y, en el marco del sistema de arbitraje de la CCI, por la *Cour Internationale d'Arbitrage* de la CCI.

La práctica de la CCI indica que la mayoría del tribunal arbitral tiene derecho a revisar la opinión disidente antes de emitir la última versión del laudo arbitral, a fin de responder los argumentos avanzados por el árbitro disidente. En otros términos, la mayoría del tribunal arbitral debe contar con la oportunidad de contrariar las quejas que el árbitro disidente hace respecto del laudo mayoritario.

Por otro lado y en el ámbito del sistema de arbitraje de la CCI, la *Cour Internationale d'Arbitrage* de la CCI ha precisado, en varias ocasiones, que no examina las opiniones disidentes al mismo tiempo que los proyectos de laudo arbitral mayoritario que le son sometidos para su aprobación, pues las opiniones disidentes le son comunicadas únicamente a título informativo.

c) *La comunicación de la opinión disidente*

En último lugar, es importante señalar que, en el ámbito del sistema de arbitraje de la CCI, la *Cour Internationale d'Arbitrage* de la CCI ha decidido comunicar las opiniones disidentes a las partes con el laudo arbitral mayoritario, salvo si la mayoría del tribunal arbitral demuestra que dicha comunicación podría poner en peligro la validez o la ejecución del laudo arbitral.

En el pasado, las normas de *common law* eran más favorables a la comunicación de la opinión disidente que los ordenamientos romano-germánicos. En la actualidad, los ordenamientos romano-germánicos favorecen más la comunicación de la opinión disidente, a excepción de un último bastión, Bélgica.

Conforme a algunas legislaciones latinoamericanas es obligatorio comunicar la opinión disidente.

3. A modo de conclusión

Desde una macro perspectiva, es cierto que no todos los ordenamientos estatales regulan la opinión disidente ni su comunicación a las partes del mismo modo. Lo mismo puede ocurrir si hacemos un examen comparado de reglamentos y usos de las distintas instituciones de arbitraje a lo largo de los cinco continentes. No obstante, lo que se debe tener presente es que, sea cual sea la regulación de una opinión disidente, cuando un árbitro muestra una disidencia, éste debe emitirla en conciencia, y no como un acto derivado de su designación por una de las partes, ni como consecuencia de una mala relación con los árbitros que suscriben un laudo mayoritario.

No siempre podríamos enfilar sospecha de parcialidad hacia el árbitro disidente. No obstante, el hecho de que el árbitro disidente pueda realizar, bastante a menudo, una opinión para preparar el terreno –con falsa sutileza, por el desarrollo actual de la práctica arbitral– a una acción de anulación contra el laudo arbitral, debería, en nuestra opinión, conducir a la doctrina del arbitraje internacional a interrogarse de nuevo sobre lo bien fundada y legítima que puede ser una opinión disidente, así como sobre la responsabilidad civil subsidiaria del árbitro disidente, dado que sería partícipe de las acciones de nulidad o en contra de la ejecución del laudo.

Finalmente, la opinión disidente también cabe para que el árbitro disidente pueda dejar constancia de su postura; y, de esta manera, salvar responsabilidad cuando un laudo arbitral sea totalmente insostenible y dictado como consecuencia de un acto delictivo, como puede ser la corrupción.

(Eduardo Silva Romero. Dechert LLP. París).

Vocablos conexos: Laudo. Árbitro.

ORDEN JURÍDICO ARBITRAL

1. Introducción y presupuestos de un orden jurídico arbitral

En el arbitraje internacional se debate la existencia de un orden jurídico arbitral. Ello surge como consecuencia de la autonomía del arbitraje internacional respecto del orden jurídico del asiento y de una concepción del Derecho que reconoce la existencia de órdenes jurídicos no estatales.

a) *Autonomía del arbitraje internacional respecto del orden jurídico del asiento.* Si bien el arbitraje es una justicia de tipo privada que existe desde la antigüedad, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el arbitraje estaba concebido como una justicia cuya fuente de existencia y validez era el orden jurídico del asiento (lugar) del arbitraje. El árbitro se encontraba asimilado a un juez nacional cuyo mandato estaba delimitado por las normas jurídicas procesales y de Derecho internacional privado del asiento. Ello se encuentra reflejado en la Convención de Ginebra de 1927 y en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1957 en que la autonomía de las partes en materia arbitral y la autonomía o libertad del árbitro mismo, se encuentran limitadas por las normas procesales y de Derecho internacional privado del asiento. En 1958 con la firma de la Convención de Nueva York, si bien los Estados acordaron proclamar la autonomía de la voluntad sobre la ley del asiento, se estableció un sistema para la ejecución de laudos arbitrales «extranjeros» en lugar de laudos «internacionales», la ley del asiento continuó siendo aplicable a la jurisdicción y al procedimiento arbitral a falta de elección entre las partes, y la anulación del laudo arbitral por los tribunales del asiento un motivo de denegación de la ejecución del laudo arbitral.

   En la década del sesenta un movimiento de académicos e instituciones de comercio, pusieron en tela de juicio el hecho de que la ley del asiento era el Derecho aplicable en materia de arbitraje, ya que las leyes nacionales no son adecuadas en virtud del carácter internacional de las transacciones económicas y las necesidades del comercio internacional. La tesis fue proclamada por primera vez por Berthold GOLDMAN en su Curso de la Academia de La Haya de 1963, sobre el conflicto de leyes en el arbitraje internacional. El autor propuso la idea de que los árbitros no tienen foro y abogó por un Derecho internacional privado específico de la institución arbitral y autónomo de los sistemas jurídicos nacionales (*Cf.* FOUCHARD, Ph. «L'autonomie de l'arbitrage commercial international». *Revue de l'arbitrage*, 1965).

   El autor puso de relieve, en primer lugar, las dificultades prácticas de la aplicación de la ley del asiento en todos los casos en que no se haya designado, y más notablemente en aquéllos en los que no hay un único asiento arbitral, o cuando no hay ninguno en absoluto (porque el arbitraje se llevó a cabo por correo).

   En segundo lugar, el asiento puede elegirse sobre la base una conveniencia práctica o por su neutralidad. En tercer lugar, un tribunal nacional no está sujeto a la ley del Estado –a su Derecho procesal y Derecho internacional privado– porque el tribunal se encuentra geográficamente en dicho Estado. Por el contrario, dicho tribunal está sujeto a dichas normas porque proporciona el servicio público de la justicia de ese Estado y ejerce su soberanía. El árbitro no ejecuta un servicio público de la justicia de un Estado por el mero hecho de que está ubicado geográficamente en ese Estado. Él no ejerce la soberanía del Estado.

   El movimiento y los debates sobre la autonomía del Derecho aplicable en materia de arbitraje tuvo un impacto en las leyes arbitrales posteriores que comenzaron a permitir a las partes y a los árbitros mismos, desprenderse de las normas de Derecho internacional privado del asiento del arbitraje y de las normas de procedimiento aplicables a los tribunales estatales. Ello se halla consagrado en la Ley Modelo de la Cnudmi que fue seguida por muchos Estados.

   Hoy en día, incluso los favorables a una teoría mono-local del arbitraje (localizado en el asiento), reconocen que está casi universalmente aceptado que el arbitraje internacional no puede estar regulado por las mismas normas que rigen los tribunales. La autonomía referida en la Ley Modelo de la Cnudmi se entiende como una autonomía del Derecho aplicable en el arbitraje. Sin embargo, ella no llegó a sugerir una autonomía con respecto al Derecho aplicable al arbitraje, es decir, al Derecho que rige la validez del proceso arbitral *per se* y el laudo arbitral. En efecto, la Ley Modelo establece su aplicación a los arbitrajes que se realizan en su territorio y sujeta la validez del laudo arbitral al control de los tribunales del asiento.

   Se ha puesto de manifiesto; sin embargo, que el arbitraje también es autónomo respecto de la ley del asiento en cuanto al Derecho aplicable al arbitraje (PAULSSON, V. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, The International and Comparative Law Quarterly*, 1981). Ello

surge del hecho de que el proceso arbitral no se rige exclusivamente por la ley del asiento y, en especial, porque la aplicación de la Convención de Nueva York permite la ejecución de laudos sin necesidad de la más mínima expresión de aprobación por los tribunales del asiento.

En primer lugar, un laudo arbitral puede ejecutarse, incluso, si se ha iniciado un proceso de anulación en el asiento. En segundo lugar, si bien la anulación por los tribunales del asiento es una causal de rechazo de la ejecución del laudo, ello no es obligatorio en virtud del art. v del la Convención de Nueva York y, además, el art. vii permite un régimen jurídico más favorable a la ejecución de laudos arbitrales. Ello permitió a los tribunales de algunos Estados, como Francia y Estados Unidos, ejecutar laudos anulados en el Estado del asiento.

Igualmente, algunas leyes de arbitraje de algunos países, como Suiza, Francia, Bélgica, Suecia y Túnez permiten que las partes renuncien a su derecho de anular el laudo arbitral. Esto dio lugar a una teoría sobre la deslocalización de los laudos arbitrales, como anacionales, transnacionales o internacionales (Paulsson. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, The International and Comparative Law Quarterly*, 1981). La idea subyacente en esta teoría es que la validez del laudo arbitral no se rige ni está controlada exclusivamente por la ley del asiento, sino que es deslocalizada, ya que cada país puede determinar la validez del proceso arbitral bajo sus propias reglas.

b) *Concepción pluralista de la noción de orden jurídico.* La idea de un orden jurídico arbitral sólo es posible bajo una concepción del Derecho más flexible que el positivismo jurídico o concepción que iguala la noción de orden jurídico a un conjunto de reglas de origen estatal. Para el positivismo jurídico existe un modelo dualista en el que coexisten el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos nacionales. No obstante para reconocer la existencia de un orden jurídico arbitral, es necesario salir del modelo dualista para entrar en un modelo pluralista donde existen otros órdenes jurídicos distintos de los órdenes jurídicos nacionales y del orden jurídico internacional. El pluralismo jurídico va a ser reconocido por todos los autores que abogan la existencia de un orden jurídico arbitral. No obstante, dicho pluralismo es concebido diferentemente por los autores que reconocen la existencia de un orden jurídico arbitral.

2. Distintas teorías sobre el orden jurídico arbitral

Existen diversas teorías sobre la existencia de un orden jurídico arbitral. Históricamente, la noción de orden jurídico de los árbitros se encontraba vinculado a la *lex mercatoria*, un orden jurídico creado espontáneamente por los comerciantes y respecto del cual los árbitros no eran sino sus órganos (a). No obstante, con el tiempo fueron apareciendo nuevas teorías en que el orden jurídico de los árbitros aparece separado de un orden jurídico mercante, como un orden jurídico propiamente arbitral. Entre los autores que sostienen dicha tesis, aunque cada uno de modo diferente, se encuentran Emmanuel Gaillard (b) y Jan Paulsson (c).

a) *Lex mercatoria y arbitraje internacional*. La primera teoría relativa a un orden jurídico autónomo de los Estados en que los árbitros participan, es la de la *lex mercatoria*. Ella surgió en los años sesenta y continúa hasta nuestros días (ver, por ejemplo, la tesis de Osman*, Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'etude d'un ordre juridique anational, LGDJ, 1992).* Para esta teoría los árbitros no administran justicia en nombre de un Estado, sino que lo hacen en nombre de una sociedad de comerciantes. La cuestión de la existencia de un orden jurídico anacional de los comerciantes ha sido largamente debatida. Las opiniones varían de un autor a otro; pero, en términos generales se ve en la *societas mercatorum* una institución compuesta por comerciantes e instituciones profesionales, cuya unidad deriva de un único objetivo: promover las necesidades del comercio. La institución crearía normas anacionales para regular las actividades de sus miembros, en particular, los principios generales y usos comerciales. Dado que los árbitros internacionales constituyen los jueces naturales de esta institución social y jurídica, la *lex mercatoria* constituye el orden jurídico que representa el foro o *lex fori* del árbitro. El árbitro sería para la *lex mercatoria* lo que un juez estatal es para su orden jurídico. Esto justificaría la creación de normas generales por los árbitros para defender las necesidades y valores de la institución. Se ha argumentado en contra de esta teoría que no existe uniformidad. Lagarde señala que hay tantas comunidades de interés como campos de especialización, y que, incluso, en relación con las instituciones de aplicación más amplia, como las instituciones arbitrales, éstas son muy diferentes entre sí, ya que tienen su origen en diferentes contextos sociales y legales, tales como los países occidentales, los países comunistas y los países árabes (Lagarde. «Approche critique de la lex mercatoria». En *Le droit des rélations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*. París: Litec, 1987*,* pp. 136-7). Dadas estas divergencias, una comunidad de intereses parece imposible. Además, se ha criticado su falta de completitud, ya que las normas son muy generales y abstractas. Asimismo, se critica el hecho de que tal orden jurídico

depende de los órdenes jurídicos nacionales, porque sus principios fundamentales, como la buena fe, se encuentran enraizados en los sistemas jurídicos nacionales. Esto implicaría que el contenido de la *lex mercatoria* no es autónomo o anacional.

b) *La tesis de Emmanuel GAILLARD*. Partiendo de la deslocalización del arbitraje y del hecho de que varios órdenes jurídicos tienen un título para regularlo, este autor declara en su *Legal Theory of International Arbitration*, que la fuente de juridicidad del arbitraje y el consecuente orden jurídico arbitral, consisten en un orden jurídico transnacional constituido por normas estatales universales o mayoritarias. Para este autor, al decidir las cuestiones procesales y de fondo, los árbitros deben identificar las normas generalmente aceptadas en un momento dado por la comunidad internacional, en lugar de dar preeminencia a un orden jurídico específico o aquellos órdenes jurídicos específicos que entran en contacto con el arbitraje (por ejemplo, los órdenes jurídicos en que se solicita la ejecución del laudo o que rigen el contrato). Este método comparativo es, para Gaillard, el que lleva a resultados más justos y conforme a los valores de la comunidad internacional actual. El autor menciona que, dado el amplio movimiento por el reconocimiento del arbitraje internacional como medio de solución de controversias comerciales internacionales, la legitimidad del ejercicio de la función arbitral no está en duda. Al contrario, está basado en el consenso general que existe entre los Estados y no en la voluntad aislada de uno u otro soberano al aceptar esta modalidad de resolución de conflictos privados. El presupuesto teórico de la existencia de un orden jurídico arbitral transnacional es el derecho natural. Los valores superiores que resultan de la naturaleza de las cosas y de la sociedad justifican la existencia de un orden jurídico superior a los ordenamientos jurídicos de los Estados. La universalidad de los principios y de las normas jurídicas (lo que se interpreta de manera flexible) le otorgan a éstos una superioridad intrínseca. Ello explica la práctica actual de árbitros internacionales de rechazar la aplicación de determinadas normas elegidas por las partes de carácter inmoral, como las leyes que son discriminatorias o que validan un acto de corrupción. Este autor se pregunta ¿por qué el árbitro no tendría en cuenta los intereses que exceden los intereses de las partes, pero que se perciben legítimos por cualquier individuo? Esto ha llevado a los árbitros a hacer referencia a la noción de un orden público transnacional para descartar la aplicación de la *lex contractus* o rechazar su competencia para decidir bajo un contrato contrario al orden público transnacional. La idea misma de orden público transnacional, es que hay ciertos valores y principios que un árbitro no puede eludir, es decir, un Derecho imperativo transnacional.

c) *La tesis de Jan PAULSSON.* Este autor parte de una crítica a Emmanuel GAILLARD por justificar la existencia del orden jurídico arbitral en un consenso estatal. Para Paulsson carece de sentido reconocer la naturaleza privada y autónoma del arbitraje internacional respecto de los órdenes jurídicos nacionales para luego justificar el orden jurídico arbitral en un consenso de órdenes jurídicos nacionales. Al contrario, para PAULSSON el modelo jurídico arbitral está configurado por una compleja red tridimensional de órdenes jurídicos (pluralismo tridimensional) en el que confluyen los órdenes jurídicos estatales, el orden jurídico internacional y el orden jurídico propiamente arbitral. Este último, para Paulsson, no es de origen estatal ni tiene su fuente en el Derecho de los Estados o el Derecho internacional, sino en fuentes privadas. Se trata de un verdadero orden jurídico privado. El autor menciona que dicho orden jurídico corresponde a la realidad del arbitraje y al hecho de que existe una institución social privada que resulta altamente efectiva en la práctica, en muchos casos, sin la asistencia de los tribunales nacionales. El arbitraje, desde su perspectiva social, aparece como un vehículo que permite la creación de arreglos sociales que existen fuera del modelo estatista. El autor se refiere al libro de SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* también referido por los *lex mercatoristas* para justificar la existencia del orden jurídico mercante desde un punto de vista teórico. ROMANO consideró que el Derecho es una realidad social que ignora la existencia formal de una norma superior o de validación, ya sea la *Grundnorm* de KELSEN o las normas de reconocimiento de HART. Para ROMANO, cada grupo social organizado, es en sí una suerte de orden jurídico.

3. La negación del orden jurídico arbitral

La existencia de valores y normas superiores en el arbitraje internacional, es compartida por otros autores quienes; sin embargo, rechazan la existencia de un orden jurídico arbitral por carecer de completitud y coherencia, dos elementos esenciales para concebir la existencia de un orden jurídico. Los árbitros pueden tener en cuenta los intereses de una comunidad más grande y sus valores y normas superiores, pero éstos no están organizados en un sistema coherente. En este caso, la aceptación universal de las normas morales y la convergencia de los sistemas jurídicos pueden servir como una forma de motivar la aplicación de la norma moral, pero no constituyen su origen legal (MAYER. «La règle morale dans l'arbitrage international». In *Etudes offertes à Pierre Bellet*. París: Litec, 1991, p. 394). Otros autores que también rechazan la existencia de un orden jurídico arbitral por los mismos motivos, declaran; no obstante, que los árbitros sí crean normas

jurídicas. Florian Grisel quien se ha ocupado de esta cuestión en su reciente tesis *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique* llegó a la conclusión de que no todas las normas resultan de un orden jurídico preexistente (Derecho deliberado), sino también en la ausencia del mismo (Derecho espontáneo). Éste sería el caso de las comunidades sociales primitivas donde hay reglas que rigen las relaciones entre los actores sociales, pero que no están organizadas en un sistema coherente. Un ordenamiento jurídico sólo representa aquellos supuestos en los que las leyes que rigen una determinada comunidad, alcanzan un alto grado de desarrollo. Antes de esta etapa, existe derecho o normas jurídicas, pero no un orden jurídico. Citando las obras de Stone Sweet, Raz y Carbonnier, el autor describe el proceso de elaboración de normas como la creación jurídica por un juez. Las normas no surgen de la interacción social entre dos personas, sino de un tercero (simple tercera persona, juez o árbitro) que interviene para resolver la disputa entre ellas. Al resolver las cuestiones de fondo, el tercero crea reglas concretas, específicas y retrospectivas. Al justificar su decisión, el tercero crea reglas abstractas, generales y prospectivas. En otras palabras, los árbitros crean normas generales, pero no existe un orden jurídico arbitral.

(Autora: Dolores Bentolila. White & Case S.A. Ginebra).

Referencias bibliográficas: Fouchard. «L'autonomie de l'arbitrage commercial international». *Revue de l'arbitrage*. París: Gaillard, 1965. *Legal Theory of International Arbitration*. Martinus Nijhoff, 2010. Goldman. «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé». *Recueil des Cours*, 1963, p. 109. Grisel. *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Application et création du droit en arbitrage international*. París: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010. Mayer. «La règle morale dans l'arbitrage international». *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Litec, 1991, p. 394. Osman. *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'etude d'un ordre juridique anational*. L.G.D.J., 1992. Paulsson. «Arbitration in Three Dimensions». *LSE Law. Society and Economy Working Papers*, n.º 2/2010. Londres: London School of Economics and Political Science, published at www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Paulsson. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. The International and Comparative Law Quarterly, 1981.

Vocablos conexos: Deslocalización del arbitraje internacional. Jurisprudencia arbitral. Orden público transfronterizo.

Orden procesal

Es una decisión de los árbitros que se toma a lo largo del procedimiento. Se distingue de un laudo (parcial o total) tanto en cuanto a sus efectos como en cuanto a su objeto.

En cuanto a los efectos de una orden (o resolución) procesal, ésta no tiene efecto de cosa juzgada y no vincula a los árbitros que la emiten, por lo que puede ser modificada o revocada ulteriormente por los mismos (aunque un tribunal debería procurar modificar una orden procesal, solamente cuando surjan nuevas circunstancias que lo justifiquen y luego de haber consultado con las partes). No puede, por ello, ser el objeto de una acción de anulación ni de reconocimiento y ejecución (reservado a los laudos en virtud de los arts. I (1) y III del Convenio de Nueva York de 1958), aunque puede ser el objeto de crítica en el marco de un recurso contra el laudo, dado que puede tener una influencia determinante sobre el mismo. Por ejemplo, puede que una resolución procesal haya violado el principio de contradicción, de audiencia o de igualdad de partes, todos ellos principios fundamentales del arbitraje.

En cuanto a su objeto, las resoluciones procesales, normalmente, contienen directrices procesales, tales como el establecimiento del calendario de procedimiento, las decisiones sobre las solicitudes de exhibición de documentos, la logística de las audiencias, etc. (los reglamentos de las instituciones arbitrales contienen muy pocas directrices procesales). También pueden contener una decisión del tribunal para tratar las objeciones respecto a su competencia en el laudo final, junto con el fondo y no en un laudo preliminar (ver, p. ej., el art. 186.3 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado suiza, o el art. 21.4 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, basado, principalmente, en el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976). En ningún caso tales decisiones pueden ser consideradas como un laudo. En cambio, cuando el tribunal toma una decisión sobre todo o parte del *petitum*, es un laudo, como lo es una decisión que acabe con la instancia arbitral (p. ej., la declaración de incompetencia del tribunal). En definitiva, un laudo es un escrito emitido por los árbitros que refleja la decisión final del tribunal respecto de todo o parte de la controversia, mientras que la resolución procesal regula el desarrollo del procedimiento y la práctica de la prueba.

Es importante destacar que la calificación por un tribunal arbitral de su decisión de resolución procesal o de laudo, no cambia su naturaleza jurídica. Ver en este sentido la sentencia de la Corte de Apelación de París, en el caso *Brasoil* (comentada en la sección dedicada al *Laudo*). Ver también la decisión del *Seventh Circuit Federal Court of Appeals* de los Estados Unidos de América, en su decisión *Publicis Communications and*

Publicis SA vs. The True North Communications Inc. ((2000) XXV *Yearbook Comm. Arb*. 1152), donde una de las partes incluyó en el *petitum* una solicitud de exhibición de determinados documentos fiscales. El tribunal emitió una «*order*» mandando a Publicis que exhibiera los documentos fiscales solicitados. Publicis se negó y True North pidió la confirmación del laudo ante los tribunales. Publicis argumentó que la decisión no era un laudo. La *Federal Court* decidió que la decisión era un laudo, puesto que resolvía una de las peticiones de la demanda.

Desde el punto de vista práctico, las resoluciones procesales pueden constar tanto en un documento con dicho título, como en una simple carta, o incluso pueden ser dadas oralmente (siendo esto habitual en el transcurso de las audiencias). La forma no tiene ninguna consecuencia, siendo ésta una cuestión de práctica arbitral del tribunal en cuestión. Una resolución procesal tampoco precisa de motivación salvo si lo requiere el reglamento de arbitraje (ver el art. 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI).

Una vez constituido el tribunal, éste suele pedir a las partes, mediante una serie de preguntas, que especifiquen sus preferencias para organizar el procedimiento hasta la audiencia. Una vez recibidas las respuestas, el tribunal suele confeccionar un borrador de primera resolución procesal para su posterior envío a las partes, cuyos comentarios permiten al tribunal determinar, entre otras cuestiones procesales, si es necesaria una audiencia preliminar, a fin de ultimar el calendario procesal a seguir (ver en este sentido el art. 18.4 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o el art. 15.3 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional).

(Autores: Domitille Baizeau. Socia de LALIVE. Ginebra.
Jaime Gallego. Asociado Senior de LALIVE. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Londres: Wölters Kluwer, (2009). BLACKABY N. and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford, 2009, 5th edition. POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, 2nd edition. LALIVE, P., J.F. POUDRET y C. REYMOND. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Payot Lausanne, 1989.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Laudo parcial. Cosa juzgada.

ORDEN PÚBLICO NACIONAL

El orden público ha sido considerado de forma recurrente como una noción problemática tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia comparada. A modo de ejemplo, DE CASTRO consideró que definir el orden público era «*una tarea ingrata, difícil, quizá imposible*», «*un suplicio para la inteligencia*» que implicaba «*caminar por un camino cubierto de espinas*». De forma parecida, el Tribunal Federal Suizo opinó que «*all attempts to answer the numerous recurring questions raised by the interpretation of this concept merely resulted in raising further thorny or polemical questions*» (*Tensaccia S.P.A. vs. Freyssinet Terra Armata S.R.L.*, 8 de marzo de 2006).

En términos generales, se podría definir el orden público como el conjunto de principios, o incluso el principio de principios, fundamentales de una comunidad nacional y su ordenamiento jurídico. En este sentido, DE CALVO definió el orden público como la «*salvaguarda […] [de] las "esencias fundamentales de las instituciones jurídicas"*; y, para realizar esa función, opera en el ámbito de los principios jurídicos. Sin embargo, no es un principio más. Si los principios jurídicos dan unidad al ordenamiento jurídico, el orden público –principio de principios– armoniza y jerarquiza esos principios». Por su parte, recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid definió el orden público como el «*conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el* ordenamiento jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico» (sentencia n.º 45/2013 de 26 de junio de 2013); y, en términos similares, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia lo definió como la salvaguarda de «*los principios y valores más importantes, como el orden social y jurídico del Estado, la estructura institucional del Estado, los intereses esenciales y constitutivos del Estatuto del ciudadano, esto es, los principios básicos o fundamentales de la organización social y jurídica que conforman el ordenamiento jurídico del Estado*» (sentencia n.º 3/2014 de 17 de marzo de 2014). Recuérdese que en España los tribunales competentes para conocer los recursos de nulidad en España y que, por tanto, lidian más frecuentemente con la noción de orden público, son los tribunales de justicia.

Sentado que el orden público se refiere al conjunto de principios fundamentales de una comunidad, su contenido será variable según las épocas, los países e incluso los regímenes políticos. No obstante, siempre actuará como límite a la autonomía de la voluntad de las partes y como cierre del ordenamiento jurídico.

En España se ha venido restringiendo la noción del orden público en lo relativo a los derechos y libertades fundamentales garantizadas constitucionalmente. De ello se coligen dos vertientes del orden público: el material y el procesal.

El orden público material está formado por el conjunto de principios públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada, esto es, por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución española (en este sentido, se pronuncian la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, las sentencias n.º 19/2012 de 23 de mayo de 2012 y n.º 56/2013 de 9 de julio de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la sentencia n.º 3/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de marzo de 2014, entre otras).

El orden público procesal está formado por el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, esto es, por los derechos y garantías establecidos en el artículo 24 de la Constitución Española, tales como el derecho de defensa, de audiencia, contradicción e igualdad, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva (en este sentido se pronuncian la sentencia n.º 294/2007 del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, la sentencia n.º 56/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de julio de 2013 y la sentencia n.º 52/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de julio de 2014, entre otras).

La Ley Modelo Uncitral, en su artículo 34, prevé como causa de anulación de los laudos arbitrales que éstos sean contrarios al orden público. Las leyes arbitrales nacionales reflejo de dicha Ley Modelo, tales como la vigente LA española, también prevén dicha causa de anulación de los laudos arbitrales; a modo de ejemplo, así lo prevé el artículo 41, apartado 1.f), de la vigente LA. En virtud de esta previsión, los laudos arbitrales serán anulables si éstos o los procedimientos arbitrales previos son contrarios al orden público material o procesal, esto es, si contravienen los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados.

Merced de esta previsión legal, se concede a la jurisdicción ordinaria la potestad de controlar la validez del laudo arbitral bajo la criba del orden público interno, como decimos, material y procesal. Sin embargo, este control jurisdiccional no puede amparar una revisión o reexamen del fondo de la controversia resuelta por el laudo arbitral. Nuestra jurisprudencia ha postulado unánimemente que no es misión de la jurisdicción ordinaria corregir, en el trámite de anulación, hipotéticas deficiencias en cuanto a las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral, y resueltas en el laudo. Es especialmente ilustrativa la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre este particular: en cuanto al orden público material, ha sostenido que *«a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso* […], se vería inevitablemente desnaturalizada [la finalidad del arbitraje] ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Cierto que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a laudos dictados en arbitraje de Derecho que; sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación "ex" art. 45.5 L n.º 36/1988, conceptuar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público» (en este sentido la sentencia n.º 27/2012 de 2 de abril de 2012); en cuanto al orden público procesal, ha sostenido que «de forma reiterada y constante la jurisprudencia, que ha venido impidiendo que por la vía del procedimiento de anulación puedan volver las partes sobre la controversia ya resuelta por los árbitros, sino sólo sobre la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales por los que ha de regirse, de forma que el control judicial derivado del art. 41 LA está limitado al aspecto externo del laudo y del procedimiento arbitral» (en este sentido, la sentencia n.º 52/2014 de 17 de julio de 2014).

(Nuria Iglesias Tatjer/Víctor Manuel Sánchez Álvarez. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

Referencias bibliográficas: Acedo, A. *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, p. 329. Calvo Álvarez, J. *Orden público y factor religioso en la Constitución española de 1978*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1983, p. 123. Claros, P. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pp. 259-261. De Castro, F. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». *Anuario de Derecho Civil*, 1982, vol. iv, pp. 1021 y ss. De Llana, M. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral,* p. 3898. Díez-Picazo, L. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona:

Editorial Ariel, 1993. DORAL, J.A. *La noción de orden público en Derecho civil español*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1967. FORTÚN, A. y G. ÁLVAREZ-GARCILLÁN (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira). *La impugnación de los laudos arbitrales*. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Orden público y arbitrabilidad: Dúo-dinámico del arbitraje*. IZU, M.J. «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, n.º 58, pp. 2 y ss. PAULSSON, J. *El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales*, pp. 609-616. *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario*. REMÓN, J. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. *Spain Arbitration Review*. Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 1, sección artículos, primer cuatrimestre de 2008. Madrid: Ed. Wölters Kluwer España. TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA. *Sobre el concepto del orden público*.

VOCABLOS CONEXOS: Orden público transnacional.

ORDEN PÚBLICO TRANSFRONTERIZO O TRANSNACIONAL

1. La hipótesis del orden público transfronterizo

El orden público transfronterizo o transnacional es una noción polémica. Algunos autores contestan inclusive su existencia (v. en este sentido, P. MAYER, «La règle morale dans l'arbitrage international». *Etudes offertes à P. Bellet*. París, Litec, 1991, p. 379. COURT DE FONTMICHEL, A. *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, París: Ed. Panthéon-Assas, 2004 pp. 130 y ss.). Según los mencionados autores, el orden público transfronterizo no pertenecería al Derecho positivo. Estos autores consideran que se trata de un concepto comparable a la moral y a la ética del comercio internacional. Por el contrario, otros autores, partidarios de un pluralismo jurídico, defienden la existencia y la utilidad de un orden público transfronterizo como un conjunto de normas con fuerza jurídica (v. en este sentido, J.B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999), especialmente, en el arbitraje internacional.

Para J. DOLINGER, el orden público transfronterizo «es el que establece principios universales, en diferentes materias de Derecho y relaciones internacionales, persiguiendo el objetivo de servir los intereses superiores de la comunidad mundial, los intereses comunes de la humanidad, situados encima y a veces contrarios a los intereses de las naciones considerados individualmente» («is the one that establishes universal principles, in various fields of international law and relations, to serve the higher interests of the world community, the common interest of mankind, above and sometimes even contrary to the interests of individual nations», J. DOLINGER, «World Public Policy: Real International Public Policy in The Conflict of Laws», *Texas Intern. L.J.*, 1982, pp. 167 sp. 172). Así, el orden público transfronterizo reúne las normas del orden público aceptadas universalmente y que, por consiguiene, pretenden aplicarse a cualquier foro con jurisdicción sobre personas privadas. El movimiento de internacionalización es doble, ya que apunta, por un lado, a los valores protegidos; y, por otro lado, a los órganos encargados de garantizar el respeto de dichos valores (FORTEAU, M. L'ordre public «transnational» ou «réellement international», *JDI*, 2011, p. 2 sp. n.°10).

Generalmente, se considera que el orden público transfronterizo tuvo su origen en el laudo arbitral CCI n.° 1110 dictado por el presidente LAGERGREN en 1963 en el que fue afirmado que «la corrupción es un mal internacional, inmoral y contrario a un orden público internacional, el cual es común a la Comunidad de Naciones» (J.G. WETTER, «Issue of Corruption before International Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Grunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n.° 1110», *Arb. Int'l,* 1994, p. 277).

El árbitro usa el concepto de orden público transfronterizo basándose en la ausencia de foro existente en el arbitraje internacional. Dado que los árbitros internacionales, no tienen foro, no están en capacidad de proteger a un orden público internacional de origen estatal. Sin embargo éstos requieren hacer referencia a un orden jurídico de referencia *anacional* para descartar, si es necesario, las reglas de Derecho aplicable al litigio. A partir de entonces, se recurrió a la noción de orden público transfronterizo en varios laudos arbitrales (v. por ejemplo, Laudo CCI n.° 8891 de 1998, *Journal de Droit International*, 2000, p. 1076), específicamente, para sancionar la corrupción. Esta noción también fue consagrada por varias jurisdicciones estatales (v. por ejemplo, en Suiza, Tribunal Federal, 30 de diciembre de 1994, *Bull. ASA,* 1995 p. 217).

La fuente de este tipo de orden público no es exclusivamente pública o nacional. En este sentido es realmente transfronterizo o transnacional. L. MATRAY opina que el orden público transnacional está constituido por principios generales que no tienen necesariamente como origen un texto nacional o internacional, pero que expresan una regla moral suficientemente aceptada por parte de la comunidad internacional para constituir una norma cuya transgresión no es aceptable (MATRAY, L. «Arbitrage et ordre public transnational», *in The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*. Deventer Kluwer,

1982, p. 241). De este modo, las normas que constituyen el orden público transfronterizo provienen de una variedad de fuentes, tanto públicas como privadas.

Del lado público, los arbitros internacionales pueden descubrir normas del orden público transfronterizo en el *jus cogens*, en los principios generales formulados en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en los principios de Derecho internacional formulados en el art. 42 de la Convención de Washington de 1965 y, de manera general, en las distintas convenciones internacionales multilaterales. El árbitro puede apoyarse en una convención internacional que protege valores fundamentales para destacar una norma del orden público transfronterizo. En efecto, para el árbitro, tales convenciones simbolizan un consenso entre los Estados sobre valores dignos de protección.

Del lado privado, fuentes privadas como los usos del comercio internacional, reglamentos de arbitraje o códigos de conducta, pueden participar a la elaboración de una norma del orden público transnacional. El consenso de los agentes económicos en darle el carácter de valor fundamental a un determinado uso del comercio internacional, puede contribuir a que dicho uso se convierta, gracias a dicho consenso, en una regla de orden (Racine, J.B. *Op. cit.,* sp. n.° 670). De este modo, la norma se beneficia gracias a la aprobación de los destinatarios de la regla.

2. El contenido del orden público transfronterizo

Para determinar el contenido del orden público transfronterizo o transnacional, es necesario distinguir entre orden público transnacional sustantivo y orden público transnacional procesal. Desde un punto de vista sustantivo, las normas que integran el orden público transnacional protegen intereses superiores a los intereses inmediatos de los comerciantes. Es en este punto en donde las normas del orden público transfronterizo se distinguen de los principios generales del comercio internacional. En efecto, mientras que los principios generales del comercio internacional, protegen los intereses de los comerciantes mediante principios como la ejecución de buena fe de los contratos o el principio *pacta sunt servanda*, las normas que constituyen el orden público transfronterizo protegen intereses que van más allá. Es el caso de la prohibición de corrupción elevada a la categoría de norma de orden público transnacional en varios laudos arbitrales (v., por ejemplo, laudo CCI n.° 6248 de 1990, laudo CCI n.° 7293 de 1993), ya que la corrupción infringe tanto la moral como la libre competencia. Tratándose de la protección del derecho de propiedad, el tema es más discutido. B. Goldman opinaba que, probablemente, para los árbitros de los países occidentales, este derecho debería integrar el orden público transnacional, pero no se trataba de un derecho lo suficientemente universal para realmente acceder a esta categoría (Goldman, B. «Les conflits de lois dans l'arbitrage international privé, *Recueil de cours de l'académie de droit international*», 1968. ii, 347). Sin embargo la reserva de este autor, formulada a finales de los años sesenta ya no es relevante teniendo en cuenta la conversión de muchos países a la economía capitalista. De este modo, varios laudos arbitrales declaran como ilícitas ciertas nacionalizaciones o expropriaciones. Otros las consideran licitas, pero obligan al Estado a indemnizar de manera justa el inversor extranjero. Así, el derecho de propiedad pertenecería hoy al orden público transnacional sustantivo.

Desde un punto de vista procesal, tanto fuentes públicas como privadas coinciden en elevar a la categoría de orden público transnacional, dos principios básicos: el derecho a la igualdad de tratamiento entre las partes y el derecho de defensa (Mantilla-Serrano, F. «Towards a Transnational Procedural Public Policy». In *Towards a Uniform International Arbitration Law*, IAI series on international arbitration n.° 3, 2005, p. 163 sp. 173). Del derecho de igualdad de tratamiento de las partes derivan los derechos a un tribunal independiente e imparcial y a la igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral. Del derecho de defensa derivan los derechos a la información desde inicio del procedimiento y el respeto del principio de contradicción. También es posible argumentar que, en virtud de la jurisprudencia *NIOC* (*Estado de Israël c/ National Iranian Oil Company*, Corte de Casación francesa, 1.ª Cámara Civil, 1 février 2005), el derecho de acceso a la justicia arbitral en los contratos de comercio intenacional ha adquirido un valor tan fundamental, que constituye una norma de orden público transfronterizo (H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation.* Bruylant, LGDJ, Schutless, 2005, sp. p. 60). Por lo tanto, un juez estatal garantizaría este derecho sin necesidad de probar la existencia de una relación entre el litigio y el Derecho de su país.

3. La función del orden público transfronterizo

El orden público transfronterizo tiene una doble función: negativa y positiva (Lalive, P. «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329 sp. p. 365). La función negativa del orden público transfronterizo consiste, en el ámbito del arbitraje internacional, en la exclusión de la ley o de las normas normalmente aplicables en virtud de la voluntad de las partes. Así, tal

función presenta similitudes con la función del orden público tal como es conocido en Derecho internacional privado clásico. Sin embargo, la función del orden público transfronterizo, difiere de la función clásica del orden público debido a su poder para excluir un orden público internacional de origen estatal.

En cuanto a la función positiva, el orden público transfronterizo, dicha función permite aplicar normas protegiendo valores universales o de manera autónoma o como derecho de sustitución una vez operada la exclusión de la ley aplicable al litigio. En su función positiva, el orden público transnacional actúa como una regla imperativa limitando la libertad contractual de los operadores económicos. Ante el árbitro, la aplicación positiva del orden público transfronterizo permite anular un contrato. Por ejemplo, los árbitros suelen recurrir a este concepto para anular los contratos de comisión en los que se encuentra disimulado el pago de sobornos. El laudo arbitral CCI n.º 8891 de 1998 observa que los árbitros, para declarar el pago de sobornos ilícito, no sólo se basan en leyes estatales, sino que también recurren al orden público transnacional.

(Autor: Maximin de Fontmichel, Profesor de Derecho privado de la Universidad de Versailles y Secretario General del Departamento de Derecho de Arbitraje de la Universidad de Versalles).

Referencias bibliográficas: Racine, J.B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. Court de Fontmichel, A. *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*. París: Panthéon-Assas, 2004. Arfazadeh, H. *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*. Bruylant: LGDJ, Schutless, 2005. Gaillard, E. «Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international». *Recueil de cours de l'académie de droit international*, t. 329, 2007, p. 50, sp. n.º 116 y ss. Wetter, J.G. «Issue of Corruption before International Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Grunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n.º 1110». *Arb. Int'l,* 1994, p. 277. Goldman, B. «Les conflits de lois dans l'arbitrage international privé». *Recueil de cours de l'académie de droit international*, 1968, ii. Dolinger, J. «World Public Policy: Real International Public Policy in The Conflict of Laws». *Texas Intern., L.J.,* 1982, p. 167; Matray, L. «Arbitrage et ordre public transnational». In *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*. Deventer Kluwer, 1982, p. 241. Lalive, P. «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international». *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329. Mayer, P. «La règle morale dans l'arbitrage international». *Etudes offertes à P. Bellet*. París: Litec, 1991, p. 379. Mantilla-Serrano, F. «Towards a Transnational Procedural Public Policy». In *Towards a Uniform International Arbitration Law*, IAI series on international arbitration n.º 3, 2005, p. 163. Forteau, M. *L'ordre public «transnational» ou «réellement international»*, *JDI*, 2011, p. 2.

Vocablos conexos: Orden público. *Lex mercatoria*. Transnacionalización de la norma aplicable. Principios generales de Derecho. Principios de Derecho internacional. Principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales. Nacionalización.

Órdenes preliminares

Si bien la institución de la medida cautelar es bien conocida en el mundo arbitral y procesal nacional, la figura de la orden preliminar resulta novedosa, y por ello desconocida; y, probablemente, lo sea también en el lenguaje jurídico: una denominación nueva para una nueva figura jurídica, aunque una cierta semejanza; no obstante, puede encontrarse en la práctica arbitral en las llamadas *stop orders*. La recién creada institución responde al compromiso al que se tuvo que llegar dentro del Grupo de Trabajo ii sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral) a la hora de convenir el régimen de las medidas cautelares en el nuevo art. 17 de la Ley Modelo, como forma de reconciliar dos posiciones antagónicas: la de aquéllos que deseaban otorgar al tribunal arbitral, la facultad de conceder medidas cautelares *inaudita altera parte* o, como las denominan los anglosajones, medidas cautelares *ex parte*, frente a la posición de aquéllos que estimaban que no debía concederse dicho poder a los árbitros. Estos últimos basaban, sobre todo, sus argumentos en la vulneración del principio de igualdad (art. 18 Ley Modelo de Arbitraje de 1985 de la Cnudmi (LMA), del principio de audiencia, y del principio de consensualidad en el arbitraje, cuya quiebra llevaría a la pérdida de la confianza y descrédito del arbitraje, la Ley Modelo y la labor de la Cnudmi.

Se trata, sin lugar a dudas, del compromiso más arduo, difícil y complejo del grupo de trabajo; compromiso que se evidencia no sólo en la creación de la orden preliminar, diferente en su ámbito objetivo de aplicación de la propia medida cautelar, y su estricto régimen jurídico, sino, sobre todo, en el «alto peaje» a pagar por una ya de por sí «descafeinada» medida cautelar, *inaudita altera parte* «travestida», en orden preliminar: la imposibilidad de su ejecución. Tan es así que, expresamente, se establece que la orden no será objeto de ejecución por los tribunales judiciales, reforzándose el compromiso con la imposibilidad de que la orden preliminar adopte la forma de un laudo (art. 17 E.5).

La oposición a la medida cautelar *inaudita altera parte* se produjo desde el primer momento en que se iniciaron los trabajos de la Uncitral por parte de un grupo nutrido de delegaciones y observadores, des-

tacando, entre las primeras, Francia, Italia y el Reino Unido, y entre las segundas, la Cámara de Comercio Internacional. Igualmente nutrido era el grupo de delegaciones y observadores favorables a la medida cautelar *inaudita altera parte*, destacando las delegaciones de Alemania, Estados Unidos de América, España, México y Suiza, así como los observadores de la Asociación Suiza del Arbitraje.

El compromiso consistió en idear una vía distinta de la medida cautelar creando la orden preliminar, que no puede considerarse como un subtipo de aquélla. Los juristas deberán ahora establecer conceptualmente las diferencias entre una y otra. La diferencia es, sobre todo, en nuestra opinión, funcional: la medida cautelar tiende a evitar que se frustre la efectividad del laudo final, mientras que la orden preliminar tiende a evitar que se frustre la efectividad de la medida cautelar, por lo que es una medida de marcado carácter restrictivo y excepcional en comparación con la medida cautelar.

Al igual que hemos visto en relación con las medidas cautelares a cuyo comentario nos remitimos, la orden preliminar se concederá por el tribunal arbitral, previa petición de una de las partes. Asimismo, esta facultad del tribunal arbitral cede ante el acuerdo en contrario de las partes (art. 17 B.1).

La orden preliminar tiene un objetivo muy específico: posibilitar la solicitud de una medida cautelar *inaudita altera parte* (*ex parte*) con el fin de evitar la frustración de la medida solicitada. Por ello, la orden preliminar es accesoria a la medida, en tanto y en cuanto sólo se comprende en función de ella. La notificación de la medida cautelar a la otra parte del litigio puede entrañar el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

Se observará que la medida cautelar se solicita *inaudita altera parte*, pero no su emisión. En cambio, la orden preliminar se pide y emite sin previa audiencia de parte, si bien inmediatamente después de que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre la procedencia de la orden, el tribunal ha de notificar a las partes todas aquellas comunicaciones habidas en relación con la medida cautelar y la orden preliminar, al tiempo que dará la oportunidad a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible (art. 17 C.2), debiendo pronunciarse el tribunal sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar (art. 17 C.3).

El régimen así descrito intenta conjugar los derechos (económicos o procesales) de la parte que solicita la medida con los derechos (procesales) de la parte afectada por la orden emitida sin previa audiencia de parte. Se construye así un régimen jurídico para la orden preliminar en el que la celeridad de las actuaciones y la temporalidad de las órdenes, constituyen las notas más características, junto a los fuertes límites impuestos que buscan proteger a la parte aquejada por la orden preliminar.

Este nuevo régimen, en nuestra opinión, resulta beneficioso para el arbitraje al lograr el equilibrio entre los dos intereses descritos, facilitando el desarrollo de la función arbitral. No creemos, pues, que el nuevo régimen así creado, resulte perjudicial para la imagen del arbitraje en el mundo, ni mucho menos que se rompa con el principio de igualdad, establecido en el art. 18 LMA, o el derecho de las partes a un proceso debido. Éstos son igualmente principios consagrados y defendidos en los ordenamientos nacionales, así como en los principios procesales internacionales, sin que se haya impedido que se permita la adopción de las medidas *inaudita altera parte*. Así, *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure* (2004), Principios 5.8, y 8, estimando para las medidas *inaudita altera parte*, similares cautelas a las establecidas en la nueva regulación de la LMA. En este sentido, nuestra LEC permite adoptar medidas *inaudita altera parte* por los tribunales, estableciendo un régimen protector de la parte demandada, consistente en otorgarle el derecho a ser oída, una vez que se le notifica el auto por el que se acuerda la medida cautelar (art. 739 LEC), así como la obligación del juez de decidir acerca de la oposición que se presente por el demandado a la medida cautelar (art. 741 LEC).

De lo anterior resulta meridianamente claro, que el régimen protector establecido para la orden preliminar en la LMA, resulta conforme con el ordenamiento procesal español; y, en consecuencia, no puede decirse que las nuevas disposiciones modelo contraríen el orden público procesal español.

Antes, al contrario, la concesión expresa de dicho poder implicará dar fin a la situación actual de inseguridad jurídica que se genera tanto para el árbitro –temor a exceder su competencia– como para las partes –denegación del exequátur por falta de competencia de los árbitros–, quienes, lógicamente, prefieren acudir al juez estatal solicitando la medida antes que al tribunal arbitral que está conociendo del fondo del asunto; solución esta última que, a todas luces, es la preferible, particularmente, porque se cumpliría más adecuadamente la voluntad de las partes de someter su litigio –y las decisiones conexas– a los árbitros y no a la jurisdicción estatal.

Por otra parte, en el Derecho procesal español, las medidas cautelares se adoptan por regla general por el mismo tribunal encargado de juzgar la demanda principal (art. 723.1 LEC), por lo que no puede darse crédito a los oponentes de las medidas cautelares *inaudita altera parte* que las critican por entender que la opinión del árbitro sobre el fondo del asunto, queda prejuzgada al adoptar la medida cautelar. Para ello ya se cuida tanto la ley procesal española como las nuevas disposiciones modelo de señalar, en general, respecto de la medida cautelar, que toda determinación a que se llegue respecto de la medida no prejuzgará el fondo del asunto.

En relación a la vigencia o temporalidad, la orden preliminar tiene un horizonte temporal limitado: el necesario para que no se frustre la medida cautelar mientras el tribunal arbitral toma una decisión en torno al otorgamiento o no de la misma, y en todo caso, la orden expirará a partir de los veinte días contados a partir de la fecha de su emisión (art. 17 C.4).

La expiración de la orden implica su caducidad, no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de prorrogar la misma. Se establece, no obstante, que el tribunal arbitral pueda otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar. Pero, ésta es una medida cautelar ordinaria, en tanto que se le aplica el régimen general de las medidas cautelares, muy singularmente a la previa audiencia de parte (art. 17 C.4).

En cuanto a la forma, debe resaltarse que la orden preliminar no puede adoptar la forma de laudo, a diferencia, como hemos visto, de la medida cautelar que sí podrá adoptar dicha forma, aunque, por supuesto, es vinculante para las partes (art. 17 C.5).

El art. 17 A.1 establece las condiciones para el otorgamiento de la orden:

- El *fumus bonis iuris* o la apariencia de un buen derecho; esto es, la existencia de un principio de prueba de su derecho, confirmando, además, el art. 17 A.1 b) que la determinación a que llegue *prima facie* el tribunal arbitral, no prejuzgará toda determinación subsiguiente.

- La existencia del *periculum in mora*; esto es, el peligro por la mora procesal: necesidad de evitar un peligro notable o el agravamiento del litigio.

Junto a ello, el precepto se refiere al estándar o nivel de demostración que el peticionario de la orden deberá emplear frente al tribunal arbitral. El peticionario no ha de probar dichas condiciones, sino que le basta con desplegar la actividad necesaria para *convencer* (*shall satisfy*) al tribunal de que ambos concurren en el caso en cuestión.

Se prevé que el tribunal arbitral pueda modificar, suspender o revocar toda orden preliminar. Dicho poder actúa, ya sea a instancia de parte o de oficio, aunque en este último caso, su actuación queda supeditada a que concurran circunstancias excepcionales y a la previa notificación a las partes.

El tribunal arbitral ha de exigir obligatoriamente (salvo que el tribunal lo considere inapropiado o innecesario) al peticionario que preste una garantía adecuada respecto de la orden. En este sentido, se pronunciaba, también, el art. 17 LMA en su primera versión, así como el art. 26.2 del Reglamento 1976.

La solicitud de la caución, aun siendo obligatoria, no se estipula con carácter condicional, de modo que el tribunal arbitral puede exigir la caución en cualquier momento del procedimiento. No obstante lo anterior, no ha de descartarse que el tribunal arbitral pueda condicionar, si lo estima oportuno, la caución al otorgamiento de la orden.

Este precepto se destina a establecer los deberes de información que se han de cumplir en relación con las órdenes preliminares. El régimen que se establece tiene su causa en la situación en que se encuentra la parte contra la que se dirige la orden preliminar, mientras no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Así, durante todo ese período de tiempo, se establece para la parte peticionaria de una orden preliminar, un deber de revelación de toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden (art. 17 F.2), lo que incluye tanto la información favorable como la adversa. Pasado ese período, es el tribunal arbitral el que puede exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la orden se solicitara u otorgara (art. 17 F.1).

La norma en relación con la medida cautelar *inaudita altera parte*, debe ser vista como una excepción en relación con la LMA, donde los documentos y pruebas presentados por las partes, son aquéllos que resultan necesarios y pertinentes para apoyar los hechos en litigio; excepción que resulta necesaria por la especial

situación que afecta a las medidas *inaudita altera parte*; y que, en nuestra opinión, no sólo resulta acorde con las excepciones a la regla general enunciada en la LMA en materia de prueba, y que se han desarrollado internacionalmente, sino además resulta conforme con el Principio 8.2 ALI/*Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure* (2004) aplicable a la medida cautelar *inaudita altera parte* en litigios judiciales: «The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware».

Si el tribunal llega al convencimiento de que no debería haber otorgado la orden, condenará al peticionario de la orden, al pago de las costas y de los daños y perjuicios ocasionados. La disposición impone una regla de distribución de las costas y de los daños y perjuicios que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en las reglas de arbitraje.

Una de las mayores debilidades de la institución, es la inaplicación del régimen de ejecución que sí se ha previsto para la medida cautelar, puesto que sin la posibilidad del exequátur, la eficacia de la orden queda francamente disminuida. Sin embargo, la orden preliminar es vinculante para las partes (art. 17 C.5), por lo que la falta de cumplimiento de la misma implicará que el tribunal arbitral podrá derivar las consecuencias negativas que estime oportunas respecto de la parte incumplidora de la orden. La falta de ejecución judicial fue, como se comentó anteriormente, el precio a pagar por los partidarios de las órdenes preliminares *inaudita altera parte*, y corolario de ello el que se impida que adopte la forma de laudo.

A tenor de la controversia generada en el mundo arbitral por la admisión de las órdenes preliminares, no debe extrañar que al modificar el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976, se reprodujera nuevamente la discusión en el seno del Grupo de Trabajo. El nuevo Reglamento del 2010, si bien sigue el régimen de las medidas cautelares, no ha incluido; sin embargo, las disposiciones relativas a las órdenes preliminares.

Efectivamente, la discusión en relación con las órdenes preliminares, provocó un intenso debate en el seno del Grupo de Trabajo, donde pronto se evidenció que aquellas delegaciones que durante los trabajos de reforma de la LMA, se habían pronunciado en contra de las medidas cautelares *inaudita altera parte*, tomaban ahora partido en el sentido de no querer incluir a las órdenes preliminares en el Reglamento de Arbitraje, disfrazando su negativa en la diferente naturaleza de la Ley Modelo y el Reglamento, en el hecho de su dudosa utilidad, en que su inclusión generaría una norma larga o de dudosa aceptabilidad, particularmente, en el caso del arbitraje de inversión, o en la controversia que han generado en el mundo del arbitraje. Se olvidaba, de una parte, que no existe una medida cautelar *inaudita altera parte* en la LMA, ya que la Uncitral llegó a un compromiso mediante la creación de una institución jurídica nueva –la orden preliminar–; y, de otra parte, que esas mismas delegaciones aceptaron la fórmula de compromiso. En nuestra opinión, eran, precisamente, razones de política legislativa las que aconsejaban incluir el régimen de la orden preliminar en el Reglamento: la reciente aprobación por la Cnudmi ratificada por la Asamblea General y la coherencia que debía presidir las decisiones del grupo de trabajo.

En este sentido, si bien inicialmente las primeras propuestas contaban con la figura de la orden preliminar (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, n.º 14), se decidió, finalmente, no incluirla, aunque el Grupo de Trabajo unánimemente reconoció que el no acogimiento de la orden preliminar no impedía su adopción por los árbitros, si el Derecho aplicable permitía este tipo de medidas y así implícitamente su reconocimiento se halla en el art. 17.4.

Esta laguna, sin embargo, a la postre encierra el problema de que permitida la medida *inaudita altera parte* bajo el Derecho aplicable, es muy posible que exista un vacío en cuanto a su régimen jurídico, por lo que la previsión en el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (2010) habría sido, especialmente, útil para permitir a las partes acordar, mediante la inclusión del Reglamento, el conjunto de normas que el árbitro habrá de respetar a la hora de emitir una orden preliminar.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho mercantil de la Unviersidad Carlos III de Madrid).

Referencias bibliográficas: Baykitch/Truong. *Innovations in International Commercial Arbitration - Interim Measures a Way Forward or Back to the Future. The Arbitrator and Mediator*. December, 2005, vol. 24, n.º 2, pp. 95-103. Bismuth, R. «Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration». *Journal of International Arbitration (Alphen aan den Rijn, The Netherlands)* 26:6:773-821, 2009. Castello, J. «Ex Parte Measures-A View in Favour». *LCIA News*, September 2003, vol. 8, issue n.º 2, pp. 16-19. *Id. Arbitral ex parte interim relief. Dispute Resolution Journal.* Aug-Oct, 2003, vol. 58, n.º 3, p. 60. Derains, Y. *The View against Arbitral Ex Parte Interim Relief. Dispute Resolution Journal.* Aug-Oct, 2003, vol. 58, n.º 3, pp. 61-62. Donovan, D.F. «The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of Uncitral and Proposals for Moving Forward». En *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICCA International Arbitration Congress*. Series n.º 11. General Editor Albert Jan van den Berg with the assistance

of the Permanent Court of Arbitration. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 129. Van Houtte, H. «Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration». *LCIA*, 2004, vol. 20, n.º 1, pp. 85 y ss. Hongsong, Wang. «The Interim Measures of Protection in China and The Proposal of Amendment to Article 17 of the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration». En *Celebrating Success: 20 Years Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration.* Singapore: SIAC, 2006, pp. 123-124. Lorca Navarrete, A.M. «Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje Uncitral/Cnudmi». *La Ley,* 22 enero 2007, n.º 6634, p. 4. López de Argumedo Piñeiro, A. «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional». *La Ley*, 4 de mayo de 2000, n.º 5046, pp. 3-4. Perales Viscasillas, Pilar. «Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la Cnudmi». RJC, 2007, n.º 2, pp. 87-123 (pp. 415-451).

Vocablos conexos: *Anti-suit injunctions.* Cnudmi. Exequátur. Laudo. Medidas cautelares.

Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la)

1. Introducción

El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) es reconocido unánimemente como un instrumento fundamental para el funcionamiento de esta organización internacional. Su proceso resolutorio preceptivo y vinculante constituye un modelo único especialmente efectivo en el marco de las relaciones interestatales. La página web de la OMC (http://www.wto.org) contiene la información relevante sobre el sistema de solución de diferencias, su evolución histórica y las prácticas que se han ido derivando de su aplicación desde que entró en vigor, el 1 de enero de 1995.

Es preciso partir de la idea de que la institución del arbitraje internacional en la OMC comparte las características singulares del sistema de solución de controversias del que forma parte. Con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas de la OMC, se impide el recurso a cualquier otra jurisdicción internacional que resuelva diferencias entre Estados. Asimismo, el objetivo fundamental del sistema es el cumplimiento de las normas de la OMC. Éste se impulsa a través de un régimen sancionador en el caso de que los Estados declarados infractores no acomoden su comportamiento a las normas en un plazo razonable. Ejemplo de ello es la suspensión temporal de determinadas ventajas derivadas de la pertenencia a la OMC, que se traduce en la autorización multilateral de medidas de retorsión, por las que se compensa al Estado que presentó la reclamación, o éste suspende temporalmente frente al infractor la aplicación de alguna norma de los Acuerdos de la OMC.

Desde 1948, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT-47) contó con disposiciones especiales para resolver los enfrentamientos a los que diera lugar su aplicación entre las partes contratantes (arts. xxii y xxiii), cuyo desarrollo en la práctica fue ulteriormente codificado en la ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Tokio en 1979. Con idéntica terminología y elementos esenciales, pero con modificaciones sustanciales, se transformó en el Entendimiento sobre solución de diferencias (en adelante, ESD), que en la actualidad está en fase de revisión. La modificación sustancial más notable es la de pasar a un «consenso negativo» o «en contrario»: la parte contra la que se falla no puede bloquear la decisión. El ESD se presenta como el segundo Anexo al Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, que estableció la OMC. Los Acuerdos gestionados por la OMC se remiten a este texto para la resolución de los conflictos surgidos en su aplicación. En fin, el hecho de que los miembros de la OMC establecieran el actual sistema de solución de diferencias durante la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales subraya la considerable importancia que atribuyen al cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Es importante que las diferencias se resuelvan a tiempo y de un modo estructurado.

2. Características

El sistema de solución de controversias regulado por el ESD tiene carácter exclusivo y obligatorio para todos sus miembros. Por una parte, se ofrece a dichos países el recurso a los buenos oficios, la mediación y la conciliación, así como el arbitraje, todos ellos mecanismos clásicos para la resolución de conflictos internacionales, y por otra, un procedimiento específico, e incluso ordinario, si se atiende a lo generalizado de su uso. Todo ello siempre con carácter subsidiario a la búsqueda negociada de soluciones que puede plantearse en cualquier momento. Como característica, hay que destacar que el equilibrio entre la actuación diplomática y la propiamente arbitral se consigue gracias al impulso de la negociación y, en consecuencia, de las soluciones consensuadas.

El Estado declarado infractor de un Acuerdo de la OMC deberá adecuar su comportamiento a las normas de éste en «un plazo razonable» y, de no hacerlo, podrán aplicarse, a solicitud del miembro reclamante, bien la compensación voluntariamente aceptada por el infractor o, en su defecto, la adopción de contramedidas.

3. Órganos

El Órgano de Solución de Controversias (OSD), integrado por representantes de todos los Estados miembros, es la institución central del sistema y cuenta con su propio presidente y procedimiento interno. Su intervención está prevista, en mayor o menor grado, con independencia del procedimiento utilizado. En el caso de los procedimientos clásicos de resolución internacional de conflictos entre Estados, el OSD centraliza la información esencial, mientras que en el procedimiento específico interviene en la organización, al tiempo que participa en la adopción de los informes relativos a la solución de las diferencias conforme a la regla del consenso negativo. Con independencia de cuál sea el procedimiento utilizado, el OSD es competente para autorizar las eventuales contramedidas y vigilar el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

4. Clases de arbitraje en el marco de la OMC

Las características peculiares señaladas se presentan en las dos clases de arbitraje internacional para la solución de diferencias surgidas entre Estados, con motivo de la aplicación de los distintos acuerdos gestionados por la OMC: el procedimiento clásico y el procedimiento específico. Esta dualidad ha llevado a la doctrina a distinguir las dos funciones que cumple el arbitraje de la OMC, de un lado como mecanismo alternativo de solución de diferencias; y, de otro, como instrumento específico para aplicar decisiones y recomendaciones.

a. Procedimiento clásico de arbitraje internacional en la OMC

Es el previsto en el art. 25 del ESD. Este procedimiento tiene un carácter alternativo frente al sistema específico de la OMC para la resolución de conflictos, y sólo cabe recurrir a él por mutuo acuerdo de las partes y toda vez que éstas hayan definido su objeto, dependiendo de la voluntad del Estado reclamante de desistir del arbitraje del procedimiento específico.

Las normas requieren que se trate de un arbitraje rápido *ad hoc,* y establecen dos obligaciones a los Estados que recurren a él: en primer lugar, deberán notificar al resto de los Estados miembros con suficiente antelación, el inicio del proceso arbitral para facilitar que se incorporen como partes al procedimiento, siempre previo acuerdo de todos los implicados; en segundo lugar, tendrán que notificar el laudo al OSD y al Consejo o Comité que administre los acuerdos afectados. Como consecuencia, cualquier Estado miembro podrá plantear cualquier cuestión en el marco de los correspondientes Consejos o Comités. Los laudos –que no son apelables– estarán sometidos al régimen de vigilancia para la aplicación de las decisiones adoptadas en el procedimiento específico.

El órgano arbitral debe resolver conforme a las normas de los Acuerdos de la OMC, sin perjuicio de la posible aplicación o consideración de otras normas o principios internacionales, así como de las reglas previstas para cuestiones particulares en el sistema específico.

En principio, este arbitraje clásico se orientaría al establecimiento de las infracciones de los acuerdos, pero no a la resolución de diferencias sobre las compensaciones o medidas de retorsión. Sin embargo, la práctica demuestra que no se recurre a este sistema. Existe una sola instancia en la que se haya usado esta modalidad en una diferencia entre los Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas en un asunto relativo a derechos de autor (Laudo arbitral WT/DS160/ARB25/1; Estados Unidos de América, art. 110 (5) de la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos de América).

b. Procedimiento específico de arbitraje internacional en la OMC

El arbitraje, como parte integrante del procedimiento específico de resolución de controversias de la OMC, presenta pocas similitudes con el arbitraje internacional, y resuelve la mayoría de las diferencias surgidas entre Estados sobre la base de cualquiera de los acuerdos gestionados por la OMC.

Los informes sobre la existencia de una infracción se elaboran por los denominados grupos especiales, integrados por tres o cinco especialistas independientes que actúan a título personal. Los grupos se crean para una diferencia concreta, pudiendo intervenir en su designación el OSD y el Director General de la OMC, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la composición, al modo del arbitraje institucional. Los

grupos deben formular conclusiones, si bien suelen incluir recomendaciones con el fin de que la conducta de los miembros sea conforme a las normas de los Acuerdos de la OMC, y siempre sin perjuicio del recurso a otras normas internacionales.

La detallada regulación del procedimiento y sus plazos, incluido el recurso del informe ante el Órgano de Apelación, ha merecido la calificación de jurisprudencial por parte de la doctrina.

En el procedimiento específico, el arbitraje resulta obligatorio e inapelable, constituyendo el medio para solucionar dos tipos de incidentes que pueden suscitarse: primero, la determinación del concepto de plazo razonable para dar cumplimiento a las recomendaciones del informe del grupo especial adoptado por el OSD (art. 21 del ESD); y segundo, la solución de las diferencias derivadas en la concreción del alcance de las medidas de retorsión que aplicará un Estado parte frente a otro que hubiera sido declarado infractor de las normas de la OMC, y que no hubiera adecuado su comportamiento a las citadas recomendaciones de forma inmediata, o dentro del período razonable fijado a tal fin (art. 22.6 del ESD).

Finalmente, dos acuerdos de la OMC prevén el recurso a arbitrajes especiales: el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (art. 4.1), así como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (art. 7).

(Autoras: D.ª Arancha González Laya. Directora Ejecutiva del Centro de Comercio Internacional (ITC) y Dra. Bárbara de la Vega Justribó. Profesora de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Madrid: Thomson-Civitas, 2010. FERNÁNDEZ PONS, X. *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general.* Madrid: Marcial Pons, 2006. STEGER, D. «The WTO Dispute Settlement System: Jurisdiction, Interpretation and Remedies». En *Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO*. Cambridge: Hohmann, H. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje internacional. Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de).

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (VER «ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES»)

ÓRGANOS JUDICIALES EN EL ARBITRAJE ESPAÑOL

1. Introducción

El auxilio judicial en el arbitraje refleja la simbiosis entre la institución arbitral y la justicia de los Estados, la cual queda manifestada en una serie de situaciones procesales.

Es sabido que el convenio arbitral confiere legitimidad a los árbitros y al procedimiento arbitral e impide que los tribunales ordinarios conozcan de las controversias surgidas en relación al mismo; pero ello no significa que la institución arbitral prescinda siempre de la justicia ordinaria. En efecto, la justicia ordinaria y el arbitraje no son dos conceptos antagónicos sino que, por el contrario, muchas veces el arbitraje requiere de una intervención judicial, como se evidencia en el hecho de que el arbitraje necesita de la justicia ordinaria para cuestiones relacionadas con materias como medidas cautelares tomadas por los árbitros, homologación de un laudo arbitral, nombramiento de árbitros a falta de nombramiento por las partes o para la ejecución forzosa del laudo.

Por ello, entendemos como órganos judiciales en el arbitraje a aquellos órganos de la justicia estatal llamados a auxiliar a la institución arbitral, entendida esta última en términos amplios. Como es sabido, los árbitros carecen del *imperium* propio de los jueces de los Estados, por cuenta de los cuales administran justicia, y ello hace necesaria la intervención de órganos judiciales, toda vez que se haya identificado al arbitraje como un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (véase, sentencias del Tribunal Constitucional español, Sala Pleno, n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991; n.° 228/1993 de 9 de julio de 1993; y n.º 196/1997 de 13 de noviembre de 1997).

Estos órganos variarán de un Estado a otro por la misma estructura propia de cada jurisdicción y su intervención es de índole previa (ejemplo: nombramiento de árbitros accidental mediante el otorgamiento de medidas provisionales) o posterior al procedimiento arbitral (ejemplo: exequátur o ejecución del laudo).

Por tomar la legislación de una jurisdicción como ejemplo, escogeremos la española y citaremos de forma expresa la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (en adelante, «LA»), que ya en su art. 7 prohíbe la intervención de los tribunales en materias reguladas por dicha ley.

El art. 8 LA, subdividido en seis apartados, identifica, con carácter restrictivo, aquellos supuestos en los que los órganos jurisdiccionales pueden intervenir en el proceso arbitral, no ejerciendo, en ningún caso, funciones de sustitución. Concretamente, el artículo restringe la intervención judicial a dos ámbitos, el de impulso y apoyo al arbitraje, incluyendo la ejecución del laudo, y el de control del procedimiento arbitral. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de que las partes puedan, de forma voluntaria y de común acuerdo, solicitar la intervención judicial para cualquier otra actuación.

A mayor abundamiento, y tal y como prevé la Exposición de Motivos de la LA, el juez, al ejercer las funciones de apoyo y control no está facultado, ni de oficio ni a instancia de parte, para realizar un control de validez del convenio arbitral ni tampoco una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, sino que debe limitarse a auxiliar al árbitro y a ejercer un control del procedimiento posterior.

La Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, significó una reasignación de las funciones judiciales, quedando las competencias en materia de apoyo y control al arbitraje concentradas en tres órganos jurisdiccionales: los Juzgados de Primera Instancia, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y, de forma residual, el Tribunal Supremo. En la misma línea, la Ley Orgánica n.º 5/2011 de 20 de mayo de 2011, derogó el apartado g) del número 2 del art. 86 *ter* de la Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (en adelante, «LOPJ»), por lo que, tras su entrada en vigor, los Juzgados de lo Mercantil dejaron de ser competentes en materia de arbitraje, excepto en las medidas que afecten al patrimonio del concursado, que corresponden al tribunal que conozca del concurso, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros, en virtud del art. 86 *ter* número 1 apartado 4.º de la LOPJ.

En particular, la competencia del tribunal judicial que en cada caso deba intervenir, se determina siguiendo un criterio objetivo, en función del acto o resolución objeto de la intervención judicial, y un criterio territorial, en función de donde hayan de tener efecto las medidas.

2. Competencias de los Juzgados de Primera Instancia

Los Jueces de Primera Instancia conocen de las actuaciones de apoyo al arbitraje, en concreto, de la asistencia a la práctica de la prueba y del otorgamiento de medidas cautelares, así como de la ejecución del laudo y resoluciones arbitrales.

2.1. Asistencia en la práctica de pruebas

La primera competencia objetiva atribuida a los Jueces de Primera Instancia, es la relativa a la asistencia en la práctica de pruebas (art. 8.2 LA). Si bien los árbitros tienen potestad declarativa para admitir y ordenar la práctica de pruebas, no tienen potestad coactiva para imponer las decisiones tomadas.

La competencia territorial corresponde al juez del lugar del arbitraje o, alternativamente y a elección de quien presente la solicitud, al juez del lugar en que deba prestarse el auxilio, siendo posibles fueros concurrentes en la medida en que el auxilio para la práctica de la prueba deba prestarse en diversos lugares.

El Juez de Primera Instancia ante quien se presenta la solicitud de auxilio podrá abstenerse de oficio si se estima incompetente y la contraparte podrá plantear declinatoria por falta de competencia territorial.

En cuanto a la solicitud del auxilio judicial, podrán presentarla tanto los árbitros como cualquiera de las partes, con la previa autorización de los árbitros que valorarán la utilidad, pertinencia y legalidad de las pruebas solicitadas (art 33.1 LA). La ley no señala el procedimiento que debe seguirse para acordar el auxilio, si bien, en caso de que la cuantía de la controversia supere los 2.000 euros, deberán las partes acudir, preceptivamente, acompañadas de abogado y procurador (arts. 23 y 31 de la Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil («LEC»)).

Existen dos modalidades de asistencia judicial, por un lado, la práctica de la prueba ante el juzgado competente; y, por otro, la adopción de medidas por dicho juzgado para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. Si se solicita práctica de la prueba por el juzgado, ésta deberá desarrollarse según lo previsto a este respecto en los arts. 281 y siguientes de la LEC. Por el contrario, si únicamente se solicita al juzgado que adopte las medidas concretas para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros, el órgano jurisdiccio-

nal se limitará a acordar las medidas pertinentes para ello, entregando al solicitante el pertinente testimonio de las actuaciones.

2.2. Medidas cautelares

El apartado 3 del art. 8 de la LA confiere competencia objetiva a los Jueces de Primera Instancia para acordar en España medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, tanto nacional como extranjero, con base en la previsión del art. 1.2 de dicha ley. Del mismo modo que para la práctica de la prueba, si bien los árbitros tienen potestad declarativa para adoptar medidas cautelares, carecen de potestad para imponer coactivamente las mismas.

El artículo establece dos fueros territoriales subsidiarios, siendo competente el juez del lugar donde el laudo deba ser ejecutado; y, en su defecto (esto es, cuando las partes no hayan pactado sede del arbitraje o cuando ésta se encuentre fuera del territorio español), el juez del lugar en el que las medidas cautelares deban producir su eficacia.

El juez, tras dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, podrá abstenerse de oficio si se considera territorialmente incompetente. Por otro lado, y de acuerdo con el art. 63.1 LEC, la persona frente a quien se piden medidas cautelares en apoyo de un arbitraje puede impugnar la competencia del juez interponiendo declinatoria dentro de los diez días siguientes a la primera notificación por la que el demandado tenga noticia de la solicitud de medidas cautelares; y, en todo caso, antes de la celebración de la vista prevista en el art. 734 de la LEC.

La intervención de los órganos jurisdiccionales en materia de medidas cautelares puede producirse antes de iniciarse el procedimiento arbitral, *ante causum*, o una vez iniciado el mismo. Pueden solicitar la intervención judicial quienes sean parte de un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales; quienes sean parte de un proceso arbitral pendiente en España; quienes, en el marco de un arbitraje institucional presenten la solicitud o inicio de encargo del arbitraje a la institución arbitral según su reglamento; y, quienes sean parte de un proceso arbitral en el extranjero.

En cuanto al procedimiento, el juez acordará las medidas, previa audiencia del demandado o, en determinados casos, *inaudita parte* y se sustanciará según lo establecido para la adopción de medidas cautelares en los arts. 721 y siguientes de la LEC.

2.3. Ejecución del laudo

El apartado 4 del art. 8 LA atribuye, finalmente, la competencia objetiva a los jueces de Primera Instancia para ejecutar forzosamente el laudo o la resolución arbitral, ya sean nacionales o extranjeros. Dicha competencia objetiva lleva anexa la competencia para conocer de cuantos incidentes surjan en la ejecución del laudo o resolución arbitral. La nueva redación de dicho apartado 4 prevé expresamente la ejecución, no sólo de laudos definitivos y parciales, sino también de resoluciones arbitrales, lo que permite, entre otras cosas, la ejecución de decisiones sobre medidas cautelares.

No obstante, cabe la posibilidad de que dicha competencia objetiva se atribuya a otro juzgado o tribunal en virtud de un tratado u otras normas internacionales (art. 85.5 LOPJ).

En caso de que el laudo o resolución arbitral sea nacional, la competencia territorial corresponde al juez del lugar en que se haya dictado, según lo dispuesto en el art. 545.2 LEC, entendiéndose por «lugar», la sede jurídica del arbitraje. Si, por el contrario, el laudo o resolución arbitral que se pretende ejecutar es extranjero, se requiere la obtención previa del exequátur, y será competente para la ejecución el Juez de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia habitual de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o se refieren los efectos del reconocimiento y, subsidiariamente, será competente el juez del lugar de ejecución o de donde el laudo o resolución arbitral deban producir sus efectos.

Dicha competencia territorial es inderogable, por lo que el juez, tras verificar la misma, deberá abstenerse de oficio si se estima incompetente. Asimismo, el ejecutado podrá interponer declinatoria dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la ejecución y ésta tendrá efectos suspensivos, de conformidad con lo previsto en los arts. 63 y siguientes de la LEC.

En cuanto a la solicitud de ejecución, pueden presentarla quienes figuren en el laudo o resolución arbitral como parte activa o como parte pasiva. La ejecución del laudo español se sustanciará por lo dispuesto en los arts.

549 y siguientes de la LEC. Del mismo modo se ejecutarán los laudos extranjeros, una vez se haya obtenido el debido reconocimiento de los mismos, para el que son competentes los Tribunales Superiores de Justicia.

2.4. Examen de la validez del convenio

Cabe señalar que, si bien no se establece en el art. 8 LA, la competencia de los Jueces de Primera Instancia, se extiende también a la decisión sobre la validez del convenio arbitral, sea hecho en España o en el extranjero, en virtud de la competencia residual que el art. 85.1 LOPJ atribuye a los mismos. En concreto, los Jueces de Primera Instancia ejercen esta competencia en dos ocasiones: cuando, en un proceso pendiente ante un Juzgado de Primera Instancia, el demandado alega la excepción de arbitraje con base en el art. 11 LA; y cuando, a título principal, se plantea un juicio ordinario cuyo objeto es que se declare la nulidad o ineficacia de un convenio arbitral. No obstante, y debido al principio de *kompetenz-kompetenz* que supone la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y sobre la validez del convenio, la competencia de los Jueces de Primera Instancia para pronunciarse sobre la validez del convenio, únicamente tiene sentido si aún no se ha iniciado un procedimiento arbitral.

3. Competencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (en adelante, «Tribunales Superiores») conocen del nombramiento o remoción de los árbitros; del reconocimiento del laudo y resoluciones arbitrales extranjeros, así como de la anulación del laudo y resoluciones arbitrales españolas. En concreto, las competencias atribuidas a los Tribunales Superiores corresponden a sus respectivas Salas de lo Civil y de lo Penal.

3.1. Nombramiento y remoción de los árbitros

El art. 8.1 LA confiere potestad a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores para el nombramiento y remoción judicial de los árbitros en los arbitrajes *ad hoc*.

El artículo establece un criterio subsidiario con tal de determinar el juez territorialmente competente en cada caso. En primer lugar, será competente el juez del lugar del arbitraje. Si éste no ha sido aún determinado, será competente el juez del domicilio o lugar de residencia habitual del demandado; y, en caso de haber pluralidad de demandados con diferentes domicilios o lugares de residencia, el actor podrá escoger el fuero. En caso de no tener ninguno de los demandados, domicilio o residencia habitual en España, será competente el juez del domicilio o residencia habitual del actor. Si ninguna de las partes tiene domicilio ni residencia en España, el juez competente será aquél que elija el actor.

Dicha competencia es inderogable, por lo que el juez podrá abstenerse de oficio en caso de considerarse objetiva o territorialmente incompetente. El demandado podrá, asimismo, interponer pertinente declinatoria.

Cualquiera de las partes podrá solicitar ante el Tribunal Superior competente el nombramiento o remisión de árbitros, y dicho tribunal podrá rechazar la petición únicamente cuando aprecie, de los documentos aportados, la inexistencia de un convenio arbitral o cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje. En cuanto al procedimiento, se sustanciará por los cauces del juicio verbal previsto en los arts. 437 y siguientes de la LEC, si bien debe ser caracterizado como un «procedimiento judicial destinado a suplir la voluntad de las partes, que resulta más próximo a los procedimientos de jurisdicción voluntaria que a un genuino juicio verbal» (véase Auto n.º 20/2011 de 2 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1.ª). Será preceptiva, por tanto, la intervención de abogado y procurador cuando la cuantía de la controversia supere los 2.000 euros. Cabe destacar que contra las resoluciones que dicten los Tribunales Superiores al respecto, no cabrá recurso alguno.

3.2. Nombramiento y remoción de los árbitros

En segundo lugar, tras la reforma del año 2011, y con base en el apartado 5 del art. 8 LA, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores devienen competentes para conocer de la acción de anulación del laudo firme dictado en España, en detrimento de las audiencias provinciales. Cabe resaltar que la acción de anulación no se constituye como un recurso de apelación, por el contrario, los magistrados de los Tribunales Superiores no tienen la competencia objetiva para revisar en segunda instancia el fondo del laudo devenido firme, sino que, únicamente, pueden revisar, desde un punto de vista estrictamente formal, el desarrollo del procedimiento arbitral.

En el supuesto de que el laudo sea extranjero, esto es, que no se haya dictado en España, el análisis de su adecuación al Derecho debe hacerse con ocasión del exequátur que se solicite, en su caso. No cabe, por tanto, ejercitar la acción de anulación de los laudos españoles prevista en el art. 40 LA, con el fin de tratar de obtener la anulación en España de un laudo extranjero devenido firme.

Es competente territorialmente para conocer de la acción de anulación el Tribunal Superior del lugar donde se haya dictado el laudo.

Como ocurre en la mayoría de los casos, los magistrados de los Tribunales Superiores podrán abstenerse de oficio, en caso de ser incompetentes objetiva o territorialmente, y las partes podrán interponer declinatoria, en caso de considerar que los magistrados carecen de la competencia objetiva o territorial necesaria para anular el laudo o resolución arbitral.

Están facultados para interponer la acción de anulación, las partes y el Ministerio Fiscal en el plazo de dos meses desde la notificación del laudo, no siendo dicho plazo susceptible de suspensión ni interrupción. En cuanto al procedimiento, se substanciará conforme a lo previsto en el art. 42.1 LA y por el cauce del juicio verbal previsto en los arts. 437 y siguientes de la LEC, con ciertas especialidades. Como de ordinario, será perceptiva la intervención de procurador y letrado, excepto cuando la cuantía de la controversia sea inferior a 2.000 euros. Únicamente cabe la anulación del laudo si median alguno de los motivos previstos en el art. 41 LA. La sentencia que declare total o parcialmente nulo el laudo, tiene carácter de sentencia constitutiva; y, por tanto, modifica la situación de validez del laudo existente desde su emisión.

3.3. Reconocimiento del laudo o resoluciones arbitrales extranjeros

Conforme al apartado 6 del art. 8 LA, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores son competentes para el reconocimiento del laudo o resoluciones arbitrales extranjeros. Todos aquellos laudos y resoluciones arbitrales que hayan sido dictados fuera de España requieren el reconocimiento previo judicial, denominado exequátur, para tener fuerza, y poder ser ejecutados en España, excepto los que provengan del espacio judicial común europeo, que podrán ser ejecutados sin reconocimiento previo (Reglamento n.º 44/2001 del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2000). La mención expresa de resoluciones arbitrales en el nuevo redactado, supone un respaldo significativo al reconocimiento de ordenanzas procedimentales dictadas en arbitrajes internacionales y relativas, entre otras, a cuestiones sobre práctica de prueba o adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral.

No obstante, el art. 73.1.c LOPJ dispone que, si bien la competencia objetiva para conocer de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, corresponde a los Tribunales Superiores, podrá atribuirse la misma a otros juzgados o tribunales si así lo prevén tratados suscritos por España o normas de la Unión Europea. Prueba de esta excepción es el Auto n.º 5/2012 de 30 de mayo de 2012, de la Sala en lo Civil y Penal, Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se declaró incompetente para acordar el exequátur de un laudo dictado en Hong Kong, en virtud del art. 18 del Tratado Bilateral suscrito entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 de mayo de 1992, que dispone que «las solicitudes de reconocimiento o ejecución se presentarán: en el Reino de España, ante los Juzgados de Primera Instancia», siendo, por tanto, competentes para acordar el exequátur del laudo emitido en Hong Kong, los Juzgados de Primera Instancia.

En cuanto a la determinación de la competencia territorial, el art. 8.6 LA establece un criterio subsidiario: «será competente el Tribunal Superior del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o a quien se refieren los efectos del reconocimiento del laudo y, subsidiariamente, será competente el Tribunal Superior del lugar de ejecución o de donde el laudo o resolución arbitral deba producir sus efectos.

La parte contra la que se pretenda el reconocimiento podrá interponer declinatoria si estima que el tribunal es incompetente.

El exequátur de laudos extranjeros viene regulado por el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales de Nueva York, de 10 de junio de 1958. Dicho Convenio regula únicamente la ejecución y reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras; es decir, laudos, si bien en la práctica se extiende a las resoluciones arbitrales en virtud del art. III *in fine* de dicha Convención.

El procedimiento de exequátur viene regulado en los arts. 951 a 958 LEC de 1881, si bien ha sido modificado con la práctica, y consta de seis fases: la petición de reconocimiento; un plazo para subsanar los defectos

formales; una audiencia de nueve días al Ministerio Fiscal y a la parte frente a la que se pide el exequátur para que puedan hacer valer sus alegaciones; una práctica de diligencias de prueba; una nueva audiencia al Ministerio Fiscal; y, finalmente, una audiencia por cinco días a las partes para que emitan sus conclusiones. El procedimiento finaliza con la resolución de la petición por parte del juez, sin que pueda interponerse recurso alguno contra la misma, y no pudiendo realizar el juez un examen del fondo del asunto. Esto es, dicho procedimiento es esencialmente de homologación y no tiene carácter contencioso, si bien la parte contra la que se pide el reconocimiento puede oponerse al mismo (véase Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 132/1991 de 17 de junio de 1991 y Sentencia del Tribunal Supremo n.º 463/2007 de 23 de enero de 2007).

4. Competencias del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es únicamente competente para la revisión del laudo firme. No obstante, y si bien no está expresamente previsto en la LA, en remisión del art. 43 LA y con base en el art. 56.1 LOPJ, el Tribunal Supremo es competente para la revisión del laudo firme por alguno de los motivos enumerados en el art. 510 LEC; esto es, si después de pronunciado el laudo, se obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado el laudo; si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos declarados falsos en un proceso penal o en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento al laudo; o, por último, si el laudo se hubiera dictado mediando cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. En virtud del art. 73 LOPJ, dicha competencia objetiva está también atribuida a los Tribunales Superiores del lugar donde se haya dictado el laudo, en materias de Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto expresamente esta atribución.

No obstante, en la mayoría de países de nuestro entorno, el Tribunal Supremo tiene designadas competencias sobre la validez del convenio y sobre el exequátur y ejecución de laudos extranjeros.

5. Conclusiones

La reforma de la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011, ha supuesto una concentración de las funciones de apoyo y control del arbitraje en los Juzgados de Primera Instancia y en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, asegurando una mayor seguridad jurídica, una mayor unificación de criterios y una simplificación de competencias judiciales; y contribuyendo a consolidar a España como sede arbitral. No obstante, la multiplicación de órganos judiciales territorialmente competentes, hacen que actualmente resulte posible, en relación a un mismo procedimiento arbitral que un Juez de Primera Instancia acuerde las medidas cautelares, que otro Juez de Primera Instancia acuerde la práctica de las pruebas y que otro ejecute el laudo o las resoluciones arbitrales. Para evitar dicha multiplicidad, la tendencia en países vecinos como Francia o Alemania, es la creación de órganos judiciales especiales de apoyo al arbitraje, atribuyendo las funciones de control a órganos superiores, como sería el Tribunal Supremo.

(Autora: Anna Arnalte. Abogada en J&A Garrigues S.L.P. Barcelona).

Referencias normativas: Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. Ley Orgánica n.° 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial. Ley n.° 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley Orgánica n.° 5/2011 de 20 de mayo de 2011, complementaria a la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011, 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 para la modificación de la Ley Orgánica n.° 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial. Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011, 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; Reglamento n.° 44/2001 del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales de Nueva York, de 10 de junio de 1958.

Referencias bibliográficas: Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel. «El reformado art. 8 de la Ley de Arbitraje». En *Revista del Club Español del Arbitraje*. Madrid: Wölters Kluwer, 2012, issue n.º 13, pp. 75 y ss. Fernández Pérez, Ana. «Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje». En Verdera y Tuells, Evelio and José Carlos Fernández Rozas (eds.). *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, pp. 149-168. *Memento Experto Arbitraje*. Madrid: Francis Lefebvre, 2012.

Jurisprudencia seleccionada: Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, n.º 132/1991 de 17 de junio de 1991; sentencias del Tribunal Constitucional español, Sala Pleno, n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991; nº 228/1993 de 9 julio de 1993; y n.º 196/1997 de 13 de noviembre de 1997; Sentencia del Tribunal Supremo n.º 463/2007 de 23 de enero de 2007; Auto

n.º 20/2011 de 2 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1.ª; Auto n.º 5/2012 de 30 de mayo de 2012, de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Asistencia judicial (en el ámbito arbitral). Auxilio judicial. Competencia sobre la competencia (principio de *kompetenz-kompetenz*). Control judicial (del arbitraje). Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). Designación de los árbitros. Ejecución de laudo. Exequátur. Medidas cautelares/preliminares. Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sede del arbitraje.

P

PACTA SUNT SERVANDA (PRINCIPIO DE)

Aforismo latino que consagra el principio de la fuerza vinculante del contrato entre las partes (el contrato es ley para las partes).

Son diversas las teorías que se han desarrollado para estudiar las implicancias del *pacta sunt servanda*. Así, destacan básicamente dos teorías, a saber: la teoría del voluntarismo jurídico y la teoría normativista.

(i) Según la primera teoría, la creación de una obligación constituye una voluntaria enajenación de la propia libertad; es decir, significa un auto obligarse, toda vez que el compromiso de obligarse nace de la voluntad del propio sujeto.

La referida tesis se basa en una concepción individualista del mundo, a través de la cual se explica que los hombres, por naturaleza, son libres e iguales. De ahí que la creación de sus obligaciones sólo pueda proceder de un acto soberano de su voluntad. Del mismo modo como los hombres sólo pueden quedar sometidos a un poder político por un *consensus* –contrato social–, la única manera de que queden obligados unos respecto de otros, radica en que voluntariamente asuman dicha obligación. Bajo esta perspectiva, el contrato se convierte en el fundamento de todo el Derecho y de todas las obligaciones jurídicas.

(ii) Por otro lado, la segunda teoría señala que nada justifica que la voluntad humana pueda producir por sí misma una obligación. Entonces, es necesario que exista un principio superior a la voluntad, que otorgue a la relación contractual un carácter obligatorio, y que esté constituido por el ordenamiento jurídico.

Uno de los representantes más destacados de esta corriente de pensamiento es KELSEN, quien al examinar el problema de la obligatoriedad del contrato, sostuvo que el fundamento de ésta radica en el hecho de que una norma de grado superior –la ley o una norma consuetudinaria– considera al contrato como una situación de hecho creadora de derecho. El fundamento de la obligatoriedad del contrato queda reducido, así, al de la ley o norma que lo admite.

Kelsen señala, además, que para comprender las razones por las cuales el legislador ha instituido el contrato como una situación de hecho creadora del derecho, hay que partir de entender que aquéllo responde a una cuestión de política legislativa. El legislador instituye el contrato por considerar que es provechoso y deseable dejar a los sujetos de derecho el cuidado de reglamentar –ellos mismos– sus intereses económicos o de otra índole. Así, el legislador parte de la premisa de que la reglamentación independiente y autónoma de esos intereses representa la solución más justa y conveniente.

En algunas legislaciones se opta por la teoría normativista, estableciendo la obligatoriedad de los contratos y destacando que dicha obligatoriedad no emana de la voluntad de las partes, sino de la fuerza de la ley.

Las partes contratan libremente, pero luego de haber contratado, ya no se encuentra presente en ellas dicha libertad, sino la obligación de cumplir lo pactado. Así, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato debe ser cumplida conforme al tenor de la declaración contractual. Y ningún juez está facultado para debilitar la obligatoriedad del contrato, invocando nuevas situaciones no contempladas legislativamente.

Por lo tanto, se puede decir que la relación jurídica creada por el contrato es intangible e irrevocable, y que el lazo contractual actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley.

De esta manera, si el contrato no tiene ningún vicio, ni concomitante, ni sobreviniente, no cabe que uno de los contratantes –sin asentimiento del otro– pueda modificar la relación jurídica, ni las partes lo podrán hacer si perjudica el derecho de tercero.

Cabe resaltar que aun cuando existe la fuerza vinculante del contrato, ello no impide que alguno de los contratantes –luego de realizar un análisis– resuelva que más le conviene no cumplir con las prestaciones a las que se obligó al celebrar el contrato. Ello no significa que dicho incumplimiento carezca de consecuencias jurídicas, las mismas que se derivan de la propia obligatoriedad del vínculo contractual.

Teniendo clara la definición y el sustento del antiguo aforismo latino *pacta sunt servanda*, debemos señalar que éste se encuentra presente también en el arbitraje.

En efecto, dejando de lado el debate relativo a las teorías que explican la naturaleza del arbitraje –sea la teoría contractualista o juridiccional–, es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida en que los particulares, en virtud de un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos –presentes o futuros– al arbitraje. Así, únicamente, se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato (convenio arbitral) que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato (el convenio arbitral), no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje (recordemos que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden 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 de otra naturaleza).

En este orden de ideas, si el arbitraje –considerando su naturaleza contractual– es el contrato por el que dos o más sujetos deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros (denominados árbitros), entonces, se puede decir que dicho acuerdo es de fuerza vinculante entre las partes. Tan es así que la decisión resolutoria de los árbitros (laudo) será de cumplimiento obligatorio para esas partes, en virtud de que los contratos son ley para ellas; es decir, en virtud del *pacta sunt servanda*.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya.
Estudio Mario Castillo Freyre. Lima).

Referencias bibliográficas: Alpa, Guido. «El contrato en el Derecho privado italiano actual». En *Estudios sobre el contrato en general*. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). *Op. cit*., p. 143. Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21. Caivano, Roque J. *Arbitraje.* Buenos Aires: *Ad-hoc*, 2000, pp. 94-96. Carnacini, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 22. De la Puente Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2001, pp. 312-325. Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, tomo I, pp. 92 y 93.

Vocablos conexos: Arbtraje. Convenio arbitral. Leyes de policía. Orden público.

Partnership disputes (ver «litigios societarios»)

Pequeño juicio

El *Mini trial*, también conocido como *pequeño juicio*, forma parte de los denominados Medios Alternativos de Solución de Conflictos-*Alternative Dispute Resolution* (MASC-ADR).

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos hacen referencia a una amplia gama de mecanismos y procesos destinados a ayudar a los particulares en la solución de sus controversias. Estos mecanismos alternativos no tienen la intención de suplantar la justicia ordinaria, lo que realmente persiguen es complemen-

tarla. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos proveen la oportunidad de resolver los conflictos de una manera creativa y efectiva, encontrando el procedimiento que mejor se adapta a cada disputa.

A nivel mundial, la situación de crisis de la administración de justicia ha conducido a la búsqueda de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre los particulares. En la búsqueda de un mejor acceso a la justicia, se ha insistido en la necesidad de impulsar estas alternativas como soporte a los mecanismos jurisdiccionales, con el fin de disminuir el número de los litigios a los que se enfrentan nuestras instituciones encargadas de administrar justicia. La concepción de estos mecanismos amplía la oferta de las formas de cómo resolver diferentes tipos de conflictos, de manera más adecuada a la naturaleza de las partes y de los problemas.

El mini juicio o *mini trial*, exitoso, fundamentalmente, en los Estados Unidos, consiste en reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, en las que se simula en forma abreviada un juicio en el que se exponen y debaten los argumentos, e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensa de las partes, con el objeto de evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o procedimiento arbitral.

Puede decirse que el mini juicio es la forma más estructurada de mediación, cuyo objetivo consiste en poner a dos altos ejecutivos que representan a ambas partes, en un entorno en el que se les hacen ver los puntos fuertes y las debilidades de sus respectivas posturas. En teoría, al confrontarlos de esta forma, los empresarios se concentran en los riesgos que implica llevar la cuestión ante la justicia; junto con el tiempo y los costos que, probablemente, conlleve un proceso judicial, y esto es lo que los impulsará a lograr un acuerdo.

En ocasiones, este MASC puede dar lugar a una rápida y económica solución de la controversia, en forma amistosa, que permitirá a las partes continuar con su vínculo de negocios, o puede tener como resultado una solución no obligatoria para las partes, que sirva como punto de partida para negociaciones futuras de un posible acuerdo, sobre mejores bases.

No existe un procedimiento preestablecido en el mini juicio. Generalmente, tras una forma limitada de presentación mutua de documentos y un intercambio de exposiciones, se realiza una audiencia de uno o dos días de duración, que a veces se denomina «intercambio de información».

En realidad, el pequeño juicio es una forma más elaborada de lo que se conoce como «previa evaluación neutral», que consiste en la presentación del caso por las partes y sus abogados ante un tercero neutral, generalmente, un abogado con amplia experiencia o un juez excedente que lo evalúa y emite una opinión no vinculante sobre sus posibles consecuencias jurídicas.

Los abogados de cada parte realizan una presentación sucinta en la que describen la prueba que presentarían, en el caso de recurrir a la justicia. La audiencia es presidida por un asesor neutral que ofrece una opinión preliminar respecto de la forma en la que, posiblemente, reaccionaría un tribunal. Este intercambio de información va seguido de negociaciones entre ambos ejecutivos, ya sea con o sin intervención del asesor neutral.

El primer caso conocido que fue resuelto con este mecanismo y al que se atribuye el origen del *mini trial*, tuvo lugar en 1977 entre *Telecredit Inc. y TRW Inc.*, en los Estados Unidos, para resolver un complejo problema de infracción de patentes. Después de dos años de diligencias probatorias *(discovery)*, mediante las cuales se habían exhibido más de 100.000 documentos y cada parte había gastado más de US$ 500.000 en honorarios, las partes acordaron este procedimiento, que implementaron mediante el intercambio de escritos y la presentación de argumentos por los abogados de cada parte, durante veinte días, ante un panel compuesto por un alto ejecutivo de cada una de las empresas, con facultades para transar, y un tercero neutral designado de común acuerdo. Después de la presentación del caso por los abogados, los ejecutivos se reunieron a solas durante media hora. El asunto se resolvió por transacción en once semanas.

Otro caso frecuentemente citado por diversos autores, es el de la controversia habida entre *Texaco y Borden*, de cuantía superior a los 200 millones de dólares, consistente en una reclamación antimonopólica y de cumplimiento de contrato, transada exitosamente entre ambas partes, sin intervención de un tercero neutral.

Para que un pequeño juicio tenga éxito, debe ser cuidadosamente planeado. De acuerdo con BROWN y MARRIOT, para el éxito del pequeño juicio se deben establecer previamente y con toda claridad, entre otros temas, los siguientes:

1. Las fechas de celebración de las reuniones.
2. La duración del procedimiento y los tiempos asignados para la participación oral de las partes.
3. La forma que deberán revestir los documentos que las partes intercambiarán antes de iniciado el procedimiento oral.
4. La posible participación de expertos técnicos, o bien de testigos, su número, y el tiempo máximo de sus intervenciones.
5. La confirmación del carácter no vinculante y confidencial del procedimiento.
6. Costos.
7. Todo aquello que se considere necesario y relevante para el caso en particular.

Si las partes no logran un acuerdo, pueden solicitar que el asesor neutral emita una opinión no vinculante respecto del resultado probable del proceso judicial. Es posible que esto baste para que las partes lleguen a un acuerdo.

(Autora: María Arias Navarro.
Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

Referencias bibliográficas: Castro Estavillo, F. «Medios Alternativos de Resolución de Controversias» En *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México D.F., 1996, n.º 26. Buhring, Uhle. *Arbitration and Mediation in International Business*. Londres-La Haya: Kluwer Law International, 2006. Redfern, A., H. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. «Guide to ICC Arbitration. International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce».

Vocablos conexos: *Alternative Dispute Resolution (ADR).* Conciliación. *Dispute Boards*. Mediación.

Perito (ver «Careo de peritos»)

Plazo

En términos procesales, el plazo es el tiempo que se determina para el cumplimiento de un acto procesal en particular.

Los plazos pueden ser determinados por la ley, caso en el cual se denominará plazo «legal».

Existen actos procesales en los que la ley otorga la facultad para que el juez señale un plazo determinado de cumplimiento. Incluso en el supuesto de que la ley omita toda referencia al plazo, el juez puede fijar un plazo dentro del cual un acto debe cumplirse. En estos casos, el plazo será denominado «judicial».

Además de los plazos mencionados, las partes, de común acuerdo, pueden fijar un plazo. Es por ello que a este plazo se le denomina «convencional».

Ahora bien, los plazos también pueden ser perentorios y no perentorios, de acuerdo a los efectos que produzcan.

Los plazos perentorios son también llamados preclusivos o fatales, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concediera.

Los plazos no perentorios, *contrario sensu*, son aquéllos en los que su vencimiento no ocasiona la caducidad de la facultad procesal para el cumplimiento de determinado acto procesal.

En el proceso arbitral, como sabemos, el principio rector es la autonomía de la voluntad, que ofrece a las partes la posibilidad de establecer las reglas por las cuales se guiará el arbitraje. Recién en ausencia de acuerdo de partes, el tribunal arbitral está facultado para decidir las reglas que considere más apropiadas. Y, finalmente, si ni las partes ni el árbitro determinan la forma en la que se llevará el proceso arbitral, o si existe algún vacío en las reglas acordadas, se podrán aplicar las normas que regulan el arbitraje.

En efecto, como bien señala Mantilla, en el arbitraje impera el principio de la autonomía de la voluntad privada. Las partes pueden libremente acordar todo lo relacionado con los plazos en el arbitraje.

Al respecto, Toribios Fuentes señala que el acuerdo de las partes puede efectuarse de diversas formas:

a. *Ad hoc*. Cuando las partes, en el propio convenio arbitral, determinan las normas de procedimiento; y, en consecuencia, establecen concretas previsiones respecto del cómputo de los plazos procedimentales.

b. Institucional. Cuando las partes encomiendan la administración del arbitraje a un centro, el cual ejercerá su función conforme a sus propios reglamentos, los que contendrán normas respecto al cómputo de los plazos.

c. Reglamentario. Las partes pueden someterse al reglamento de una institución, pero sin encomendarle la administración del arbitraje, en cuyo caso ese concreto reglamento también integrará la voluntad de las partes.

De no estar establecido –ya sea de manera convencional o legal– un plazo para algún acto procesal, el tribunal arbitral determinará los plazos a ser aplicables. Así, por ejemplo, en las actas de instalación se suele establecer que, en caso de deficiencia o vacío de las reglas pactadas en la propia acta o establecidas por ley, el tribunal arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

Los plazos en los arbitrajes se computan por días hábiles, a no ser que expresamente se señale que son días calendario. Excepcionalmente, los árbitros pueden habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para llevar a cabo determinadas actuaciones.

Para los fines del cómputo de los plazos en los arbitrajes, el término correspondiente comienza a correr desde el día hábil siguiente a aquél en que se recibe una notificación. Cuando el cómputo se efectúe por días calendario, el vencimiento de un plazo en día inhábil en el lugar de la sede del tribunal arbitral, determinará su prórroga hasta el primer día hábil siguiente.

El tribunal arbitral podrá ampliar discrecionalmente los plazos, de existir cualquier circunstancia que, a su juicio, amerite tal ampliación, incluso si los plazos estuviesen vencidos, en cuyo caso dicha circunstancia deberá estar debidamente acreditada.

Dentro de tal orden de ideas, el tema de los plazos procesales sigue la característica primordial del arbitraje, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad, generando la libertad formal del proceso y mostrando la flexibilidad de este medio de resolución de conflictos.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo I, pp. 519-520. TORIBIOS FUENTES, Fernando. «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 108-109. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 64.

PREJUDICIALIDAD

La institución de la prejudicialidad tiene por objeto evitar resoluciones contradictorias en procedimientos en los que sus objetos están íntimamente relacionados. Así, en el caso de dos procedimientos judiciales, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 421, regula expresamente la facultad del juez para decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, en aquellos supuestos en los que para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal. En semejantes términos, se pronuncia el art. 40.2 de la ley rituaria, en relación con la prejudicialidad penal.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara cuando, de los dos procedimientos que entran en conflicto, uno es judicial y otro arbitral. En este supuesto, cabe plantearse si los árbitros tienen la facultad de apreciar y estimar una excepción de prejudicialidad, ya sea civil o penal; y, en consecuencia, suspender el procedimiento arbitral hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Y viceversa. Si los jueces pueden apreciar prejudicialidad sobre la base de la existencia de un procedimiento arbitral (y no judicial) anterior.

En sede arbitral, y ante el silencio absoluto de la Ley de Arbitraje, la decisión última queda en manos de los árbitros, que deberán decidir entre cumplir con el mandato que les ha sido encomendando, ordenando la tramitación del procedimiento y dictando el laudo en el plazo marcado, o bien entender aplicable, *mu-*

tatis mutandis, lo previsto en las normas procesales generales, en cuanto no se opongan a otras especiales de arbitraje y, por ende, acordar la suspensión del arbitraje, a fin de evitar la existencia de posibles resoluciones contradictorias. Esta segunda opción acarrea el riesgo de finalizar un arbitraje sin resolución, en los supuestos en los que la prejudicialidad se aprecia una vez que está corriendo el plazo para dictar el laudo, y el procedimiento que tenga por objeto la cuestión prejudicial se prolonga más allá de dicho plazo, transcurrido el cual decae la facultad jurisdiccional de los árbitros. Quizá por ello la doctrina, tanto nacional como internacional, se inclina de una forma clara hacia la primera de las opciones, incluso en supuestos de posible prejudicialidad penal, amparándose en la primacía del convenio arbitral y en la misión del árbitro, a la que no le es dado renunciar, salvo acuerdo de las partes.

En cualquier caso, en el supuesto de que los árbitros estuvieran facultados para acordar la suspensión del procedimiento arbitral, en caso de prejudicialidad, dicha suspensión, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, únicamente procedería en caso de que concurriera una triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir entre el proceso pendiente y el arbitraje iniciado posteriormente.

(Autor: Miguel Temboury. Abogado. Madrid).

Vocablos conexos: Ley aplicable al arbitraje. Procedimiento arbitral.

Principio de mitigación del daño

Impera en el Derecho de daños el llamado principio de resarcimiento integral del perjudicado, que impone a la parte que incumple un contrato la obligación de indemnizar a la otra todo el daño que el incumplimiento le haya ocasionado y sea consecuencia de aquél. En definitiva, se trata con carácter general de colocar a la víctima del incumplimiento en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiese cumplido, o si el incumplimiento no hubiera tenido lugar.

El principio de mitigación del daño entra en juego en relación con la evaluación económica de la indemnización con la que el incumplidor debe compensar a la otra parte. Bajo este principio, la obligación de resarcir íntegramente a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual no comprende los daños que ésta pudo haber evitado o minorado, adoptando medidas razonables a tal efecto. Y es que la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra parte no puede adoptar una actitud pasiva ante la generación o ante el aumento de los daños derivados de dicho incumplimiento. El principio de mitigación del daño impone a la parte perjudicada el deber de minimizar las consecuencias lesivas ya manifestadas que derivan del incumplimiento, y también evitar la propagación de las que sean previsibles, realizando cuanto razonablemente esté a su alcance para ello.

El principio de mitigación del daño constituye un principio integrante de la *lex mercatoria*, siendo numerosas las resoluciones arbitrales que se refieren exclusivamente a otras decisiones arbitrales internacionales, y no a ningún Derecho nacional concreto o convención internacional para fundamentar el deber que tiene el perjudicado por el incumplimiento contractual de mitigar el daño. En la mayoría de las ocasiones en las que los árbitros han aplicado este principio, lo han hecho para evaluar el daño y fijar la cuantía de la indemnización.

La naturaleza de este principio de mitigación del daño viene entendiéndose más cercana a una carga que a una obligación de la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato. No puede decirse que constituya una obligación contractual en sentido estricto, pues en el polo opuesto de toda obligación se encuentra el derecho de la contraparte a solicitar su cumplimiento, y en el principio que tratamos no existe, en sentido estricto, un derecho del incumplidor a exigir que la otra parte evite o minimice el daño. Además, el que la víctima incumpla su deber de mitigar el daño, tampoco conlleva sanción, más allá de que no tendrá derecho a ser resarcida por aquellos daños que hubiese podido evitar o reducir de haber cumplido su deber de mitigar.

Por lo que respecta al contenido del deber de minimizar el daño o, en otros términos, el grado de exigencia con el que este principio se proyecta sobre el perjudicado por el incumplimiento, éste comprende el deber de adoptar cuantas medidas sean razonables para minorar las consecuencias lesivas de aquél, pero sin incurrir en costes irracionales en relación con el incumplimiento de que se trate.

En cuanto a las medidas a adoptar por el perjudicado para minimizar el daño, se entienden como razonables aquéllas que un contratante cauteloso en la posición de la parte perjudicada habría adoptado. De esa manera, el nivel de exigencia viene determinado por el patrón de la diligencia media en el tráfico, adecuada a

las circunstancias del caso. Ahora bien, el grado o nivel de exigencia que se impone a la parte perjudicada por el incumplimiento no es igual en todos los ordenamientos jurídicos. Así, mientras que en el *common law* la regla general es que la parte perjudicada por el incumplimiento debe adecuar su comportamiento para mitigar el daño al estándar objetivo de la razonabilidad (*reasonable steps*), en España, a falta de norma expresa, debería adoptar las medidas mitigadoras atendiendo al estándar del buen padre de familia previsto en el Código Civil.

El momento a partir del cual la víctima debe adoptar las medidas mitigadoras del daño dependerá de las circunstancias de cada caso, aunque con carácter general se entiende que deberá hacerlo desde que conoce el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte. Incluso se ha llegado a sostener que el deber de minimizar el daño se transforma en obligación de minimizar de antemano los riesgos del daño, cuando una parte toma conciencia de la falta de capacidad de su contraparte para cumplir. Una medida paliativa clásica para mitigar el daño es la operación o compra de reemplazo, que consiste en la realización de un nuevo contrato, similar al incumplido, mediante el que la parte perjudicada por el incumplimiento pueda satisfacer directa o indirectamente su interés.

Por otro lado, las medidas a adoptar por quien está obligado a mitigar el daño no pueden exceder de sus capacidades. Así, no se exige al perjudicado por el incumplimiento que adopte medidas que entrañen sacrificios o gastos desproporcionados, que le coloquen ante nuevos riesgos, que le hagan peligrar su reputación comercial, que causen daño a tercero, o que se embarque en complicados litigios para entender cumplida su obligación de minimizar el daño. El perjudicado por el incumplimiento debe adoptar medidas razonables ajustadas a su capacidad y circunstancias.

Una vez adoptadas tales medidas, y ya en sede arbitral, corresponderá al árbitro determinar si fueron o no razonables a tenor de las circunstancias, y si puede o no entenderse cumplido el deber de mitigar, extrayendo de ello las consecuencias jurídicas correspondientes.

A este respecto, las consecuencias jurídicas de la aplicación del principio de mitigación del daño son dos, opuestas. Como hemos adelantado al comienzo, el principio de mitigación es un criterio ulterior de delimitación del monto de la indemnización. Por ello, en caso de que la víctima haya cumplido con su deber adoptando medidas razonables encaminadas a mitigar el daño, se impone a la parte incumplidora del contrato el deber de resarcir el coste de tales medidas, aunque hayan resultado finalmente infructuosas. Por el contrario, el incumplimiento del deber de mitigar significa para la parte perjudicada por el incumplimiento, la pérdida del derecho a ser resarcida por aquellos perjuicios causados por tal incumplimiento, que hubiese podido mitigar pero no mitigó, es decir, la pérdida del derecho a ser resarcida de aquellas consecuencias lesivas, que podría haber evitado si hubiese observado el deber de mitigar.

No es infrecuente confundir el deber de mitigación del daño con la doctrina de la concurrencia de culpas, y ello debido a que ambas instituciones jurídicas pueden tener idénticas consecuencias: la reducción del monto indemnizatorio que correspondería a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual. Ciertamente, la aplicación de una y otra figura puede conllevar la reducción de la indemnización a que tiene derecho la parte perjudicada por el incumplimiento.

Ahora bien, la causa que motiva esa reducción es distinta en uno y otro caso. Así, el hecho de que el perjudicado hubiera intervenido *ex ante* en la causación del daño con su propia conducta, agravando sus consecuencias, es la razón que explicaría la reducción de la indemnización en el supuesto de la concurrencia de culpas; mientras que en el caso del principio de mitigación del daño, las consecuencias lesivas resultan del incumplimiento del demandado, pero si *ex post* el demandante no adopta las medidas mitigadoras del daño que pudo haber adoptado, la indemnización a que tendrá derecho, se verá minorada en el importe de aquellos daños que pudo haber evitado y no evitó al no adoptar tales medidas.

El principio de mitigación del daño se encuentra recogido en varias legislaciones nacionales, siendo su tratamiento diferente en los sistemas de *common law* y en los de Derecho civil. En los primeros, este principio ha sido ampliamente desarrollado, siendo conocido como *duty of mitigation*, *mitigation of damages* o *avoidable consequences rule*. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de tradición civilista en los que, en la gran mayoría, el principio de mitigación del daño no está expresamente codificado como tal, salvo países como Suiza (art. 44 del Código de Obligaciones suizo), Alemania (art. 254 del BGB) o Italia (art. 1227 del Código Civil italiano), pero encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe, que sí se encuentra reconocido e incorporado en la gran mayoría de legislaciones.

Al margen de las legislaciones nacionales de cada país, son varios los textos internacionales que han reconocido expresamente el principio de mitigación del daño.

En la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 77) se impone al acreedor del resarcimiento la obligación de adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante. El incumplimiento de esta norma habilita que la parte que ha infringido el contrato de compraventa, solicite una reducción de los daños y perjuicios causados, equivalente al importe de los daños que su contraparte pudo y debió razonablemente haber mitigado.

También los principios europeos de Derecho de los contratos (art. 9:505) contemplan expresamente este deber. Estos principios son obra de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, y aspiran a una reforma y evolución jurídica de los Derechos nacionales con el fin de lograr la tan ansiada unificación jurídica europea.

Inspirándose en el sistema anglosajón, en tanto que mayor exponente del principio de mitigación del daño, los principios europeos de Derecho de los contratos acogen el estándar típico del *common law*, las medidas razonables o *reasonable steps*, como criterio para el resarcimiento. De modo que, en recta aplicación de ese estándar, se excluyen del resarcimiento aquellos daños que pudieron ser minorados adoptando medidas razonables. En contrapartida, se estiman indemnizables los gastos razonables en que hubiera incurrido la parte perjudicada por el incumplimiento para intentar minorar el daño, siempre y cuando dichos gastos aparecieran como razonables al momento de realizarse.

Finalmente, y en términos similares, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional incorporó a los Principios Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales (art. 7.4.8) el deber de mitigar el daño.

(Autor: Francisco M. Serrano Osobliwa. Socio J&A Garrigues S.L.P.).

Referencias bibliográficas: Derains, Y. *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*. RDAI 1987, pp. 375 *et seq*., disponible en Trans-Lex.org. Díez-Picazo, L. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. Díez-Picazo, L. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Pamplona: Aranzadi, 2006. Fuentes Guíñez, R.A. «El Derecho internacional privado y el Derecho comunitario» incluido en el libro *La extensión del daño contractual*. Madrid: La Ley, 2009. Fuentes Guíñez, R.A. «El criterio de la causalidad: las consecuencias necesarias del incumplimiento» incluido en el libro *La extensión del daño contractual*. Madrid: La Ley, 2009. Fuentes Guíñez, R.A. «La extensión del daño contractual». *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 88, sección estudios, 2010. Morales Moreno, A.M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid: Civitas, 2010. Navas Navarro, S. «El resarcimiento de daños en los principios europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)». *Actualidad Civil*. Madrid: La Ley, 2000, sección doctrina, ref. lii, tomo 4, p. 1235. Rodríguez Fernández, M. «Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el Derecho internacional de los contratos». *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, n.° 15, p. 95. Soler Presas, A. «El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1.ª de 15 de noviembre de 1994)». *Anuario de Derecho Civil*, 1995, n.º 2.

Vocablos conexos: Buena fe. *Lex Mercatoria*. Principios Generales del Derecho. Principios Unidroit sobre los Contratos Internacionales.

Principio de no incurrir en contradicción con los actos propios

1. Concepto

El fundamento del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, se articula en torno a la premisa de que no debe permitirse que una de las partes de una disputa adopte una posición jurídica, asentada en la defensa de determinados derechos, donde: (i) dicha defensa implicara que, si sostuviera esta posición jurídica, dicha parte estaría actuando de forma inconsistente con la posición que previamente había adoptado y, (ii) con esta actuación causara una injusticia para la otra parte.

Sucintamente, el Juez *Basdevant* ya se refirió en su «Dictionnaire de la terminologie du droit international» (1960), a dicho principio en los siguientes términos:

> A peremptory objection which prevents a party to litigation from taking a position which contradicts [...] that which earlier acknowledged expressly or tacitly.

Y, en concreto, en el contexto del arbitraje, debe de reseñarse, ya de entrada, que dicho principio no sólo ha sido reconocido por la doctrina y por los tribunales arbitrales como principio general del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional, siendo referido como tal en numerosísimos laudos arbitrales, sino que también se halla recogido en la propia Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Inter-

nacional de 1985 (aparte de las numerosas legislaciones arbitrales que, basándose en la referida Ley Modelo, también contienen la correspondiente previsión a tal efecto); en particular, en el art. 4, como sigue:

> Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Además, este principio se halla expresamente contemplado en el art. 1.8 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010), en los siguientes términos:

> Comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*)
> Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Sin que quepa obviar tampoco las referencias correspondientes en:

a. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) (arts. 7(1) y 16(2)); y

b. En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (2009), (arts. 2:202(3); 2:105(3); 2:106(2); 3:201(3) y 5:101(3)).

A continuación, incidiré brevemente en los elementos esenciales para la aplicación de este principio (2) para, en fin, repasar su aplicación práctica, tanto por los tribunales arbitrales, como por los tribunales estatales, que confirman su consolidación como principio general del Derecho en el arbitraje internacional (3).

2. Elementos esenciales para su aplicación

Si bien, como se ha indicado, el principio de no incurrir en contradicción con los actos propios posee hoy un reconocimiento generalizado, en tanto que principio general del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional, lo cierto es que, en la práctica, los elementos que priman a la hora de considerar su aplicación varían sustancialmente en los países de la tradición jurídica del *common law*, frente a aquéllos del *civil law*.

Por tanto, considerando dicha distinción, seguidamente se analizará la aplicación del principio que nos ocupa: primero, a la luz de la práctica en los países del *common law* y, segundo, en los del *civil law*.

Respecto a los países del *common law,* se ha de resaltar que el principio de no incurrir en contradicción con los actos propios –también denominado *estoppel*– si bien reviste una importancia fundamental y es aplicado de forma reiterada por los tribunales, no presenta unos caracteres homogéneos, llegando incluso a ser referido por la doctrina como no uno, sino un grupo de principios que comparten una serie de características generales, pero que difieren entre sí respecto a ciertos elementos sustantivos.

En efecto, cabe distinguir, sólo en el contexto de la aplicación del referido principio en el arbitraje comercial internacional, entre «*estoppel* por representación» (o «*estoppel by representation*», citado también como derivado del «*estoppel* por conducta» o «*estoppel by conduct*»); el «*estoppel* por convenio» (o «*estoppel by convention*») y el «*estoppel* por promesa» (o «*promissory estoppel*»).

Así, en relación con el «*estoppel* por representación», los elementos clave en su aplicación son: la representación por una parte, bien oralmente, bien a través de su conducta, de un hecho o estado de las cosas; el conocimiento de dicha parte de que esta representación es una falacia; la acción ejercitada por la parte contraria debido a dicha falsa representación, y el detrimento padecido por la parte contraria debido a esta falsa representación.

Mientras que, en el supuesto del «*estoppel* por promesa», su aplicación se basa en lo siguiente: el compromiso por una parte de que no ejercitará sus derechos legales contra la otra parte; la intención de dicha parte de que la contraria confíe en dicha promesa; la confianza efectiva de la contraria en dicha promesa, y el posterior quebrantamiento del compromiso.

Y, por último, el «*estoppel* por convenio» se construye de acuerdo con los siguientes requisitos: la asunción errónea por las partes de que un estado de las cosas es real (siendo dicho error ignorado por ambas, o conocido y aceptado por ambas o una de ellas); la actuación de las partes conforme a dicha asunción y la concurrencia de circunstancias que harían que sería injusto –para ambas partes o sólo una de ellas– ignorar dicha asunción, aun siendo errónea.

Como se puede comprobar, dichas categorías de «*estoppel*» difieren notablemente entre sí: mientras el «*estoppel por representación*» concurre sólo cuando existe una falsa representación, el «*estoppel* por promesa» se basa en el impedimento por el compromiso adquirido por una parte y el «*estoppel* por convenio» en una asunción; sin que estos dos últimos, al contrario que el primero, requieran la concurrencia de detrimento alguno para proceder a su aplicación.

Además, se ha de reseñar que el efecto del «*estoppel*» difiere en las distintas jurisdicciones: así, frente a Estados Unidos, donde el principio que nos ocupa suele aplicarse conforme al «*promissory estoppel*», en Reino Unido y Australia no requiere de causa de acción específica. De hecho, en el ordenamiento inglés, el «*promissory estoppel*» tiene una naturaleza defensiva, protegiendo al tenedor de la promesa respecto al compromiso adquirido por el promitente de no ejercitar acciones legales en su contra.

Respecto a los países del *civil law,* se ha de resaltar que en la aplicación del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios –también referido como «*l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*» o «*non concedit venire contra factum proprium*»– se incide, particularmente, en la noción del principio de buena fe.

Así, en Alemania, el principio estudiado se contempla como una aplicación específica de la obligación general de la buena fe, de conformidad con el art. 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (o BGB). En este sentido, el principio es construido conforme a dos elementos: (a) la afirmación de derechos por una parte, incoherente con su actuación previa y (b) la ponderación de los intereses de las partes con el fin de determinar cuál ha de ser protegido. Y, en concreto, la confianza de una de las partes en la conducta de la otra suele constituir el elemento decisivo, a la hora del referido análisis de los intereses en conflicto. En todo caso, la aplicación del principio estudiado es generalizada, tanto en el contexto del Derecho mercantil, como del Derecho civil; y, en particular, en el arbitraje doméstico.

De otro lado, en Francia, también se incide en la exigencia de buena fe contemplada en el art. 1134 del *Code Civil* en la aplicación del principio de «*l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*»; siendo reseñable su reconocimiento reciente de forma expresa como principio del procedimiento civil francés, conforme a la Decisión de la *Cour de Cassation* de 20 de septembre de 2011 (*Pourvoi* n.° 10-22.888).

De hecho, la aplicación de dicho principio se encontraba limitada al Derecho internacional privado (siendo aplicado, en concreto, por primera vez por la *Cour d'appel* de París en una Decisión de 17 de enero de 2002, en materia de arbitraje), hasta que fue considerado, *a contrario*, por la Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation* por vez primera en su Decisión de 27 de febrero de 2009 (*Pourvoi* n.° 07-19.841).

Y, finalmente, en España, se ha de indicar que el principio estudiado se aplica conforme a la denominada «doctrina de los actos propios», que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe *ex* el art. 7.1 del Código Civil español y que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (por todas, véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional n.° 73 (RTC 1988, n.° 73) y n.° 198/1988 (RTC 1988, n.° 198) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9244) y de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8813).

Así, en concreto, la doctrina jurisprudencial española viene exigiendo que, para que los denominados actos propios sean vinculantes, han de causar estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o han de ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo y que, además, el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza, por lo que no cabe su aplicación en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (de modo que, no cabría, por tanto, el referido «*estoppel by convention*» de la tradición jurídica anglosajona).

A la luz de todo lo anterior, es claro que, al valorar la aplicación concreta del estudiado principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, primarán unos u otros elementos en función de la legislación aplicable en el arbitraje, así como la tradición jurídica de los árbitros.

Ahora bien, resulta igualmente claro que, en tanto que principio general del Derecho, su aplicación podrá considerarse, tanto respecto a materias procedimentales como de fondo, de modo que, como seguidamente comprobaremos, los elementos específicos a valorar, variarán, en definitiva, en función de las circunstancias específicas de cada caso.

3. Aplicación práctica del principio en el arbitraje internacional

Aun teniendo en cuenta que no es objeto de la presente reseña del principio que nos ocupa, el análisis en detalle de su aplicación en el contexto del arbitraje internacional, seguidamente, apuntaré algunos casos ciertamente importantes para su desarrollo y consolidación como principio general del Derecho en el arbitraje internacional, así como otros significativos en la práctica más reciente.

Sin duda, uno de los laudos más representativos en cuanto a la aplicación del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, ha sido el dictado en un arbitraje Ciadi en el caso *Amco Asia Corporation and others vs. The Republic of Indonesia and another* (laudo de 25 de septiembre de 1983, Caso n.º ARB/81/1).

En síntesis, la controversia planteada en dicho caso fue la siguiente: la terminación de un contrato de alquiler y dirección hostelero entre *Amco Asia y P.T. Wisma* –compañía bajo el control, en último término, del gobierno indonesio– dio lugar a la intervención directa en el hotel de la policía y ejército indonesios; planteándose así, una demanda por expropiación ante la Ciadi por parte de Amco Asia y sus sucesores.

Ahora bien, iniciado el arbitraje, los demandados cuestionaron la competencia del tribunal arbitral, alegando que carecía de jurisdicción por haberse suscrito el referido contrato hostelero sólo entre partes privadas. Y, anticipando la respuesta por parte de los demandantes con base en que P.T. Wisma era, en realidad, un «*alter ego*» del Estado de Indonesia, los demandados alegaron que los actores no podían plantear dicho argumento en el arbitraje, conforme al principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, con base a la noción del *common law* de «*estoppel*», puesto que los demandantes habían actuado en sentido aparentemente contrario en un procedimiento previo ante los tribunales indonesios en relación con el mismo contrato.

Al respecto, el tribunal arbitral resolvió que, efectivamente, había de tomarse en consideración el principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, ya que, aun siendo propio de la noción de «*estoppel*» de los países de la tradición del *common law*, al encontrarse fundado en el principio de buena fe, común en todas las jurisdicciones, resultaba aplicable en el arbitraje internacional como principio general y transnacional. Añadiendo, además, en el laudo dictado posteriormente, en noviembre de 1984, resolviendo sobre el fondo del asunto que, de conformidad con el art. 42(1) de la Convención del Ciadi, el tribunal debía, efectivamente, aplicar la legislación indonesa, suplementada por los principios de carácter transnacional, aplicables también al caso.

En particular, el tribunal arbitral identificó dos elementos concretos al aplicar el principio: incoherencia de la conducta de una de las partes y el beneficio o detrimento producido, en consecuencia, a cada una de ellas, respectivamente.

De este modo, el tribunal arbitral resolvió que, en definitiva, conforme a dicho principio, al no poder derivarse de la conducta previa de Amco Asia detrimento alguno para los demandados, ni tampoco beneficio alguno para los demandantes, no existía razón alguna por la que se hubiera de impedir a Amco Asia exponer la argumentación correspondiente en el arbitraje.

Resulta interesante comparar, de otro lado, dichas consideraciones del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios con las realizadas por el tribunal arbitral de un arbitraje CCI, en el caso de *Framatome and others vs. The Atomic Energy Organisation of Iran* (laudo de 30 de abril de 1982).

En el caso *Framatome,* la demandada también cuestionaba la competencia del tribunal, alegando que el contrato suscrito con la demandante, así como la cláusula arbitral contenida en el mismo, adolecían de varios vicios de invalidez, entre los cuales se encontraba el haber sido suscritos sin las formalidades requeridas según la legislación iraní, y ello aun siendo un hecho no controvertido, que el contrato había sido ejecutado parcialmente por ambas partes durante varios meses.

El tribunal arbitral resolvió que, efectivamente, el contrato poseía varias irregularidades; ahora bien, de conformidad con el principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, concluyó que la demandada no podía alegar dichas irregularidades, considerando: (i) que las mismas podían atribuirse, en gran medida, a la propia actuación de la demandada, así como a la del gobierno iraní, y (ii) que, además, en

la medida en que el contrato había sido parcialmente ejecutado por ambas partes, la demandada no podía ahora cuestionar su validez.

En este sentido, cabe reseñar que, frente al caso Amco Asia, en el que el principio de no incurrir en contradicción con los actos propios se aplicó incidiendo en el Derecho comparado, en el caso *Framatome* la consideración de este principio se fundó en el Derecho internacional público, con base al principio general de buena fe que debe regir las relaciones internacionales, tanto entre Estados, como entre los Estados y los particulares.

Esta última perspectiva ha sido la adoptada también en el contexto de dos casos resueltos ante el tribunal arbitral de reclamanciones entre Irán-Estados Unidos (*Iran-United States Claims Tribunal* (IUSCT)): el caso *DIC of Delaware, Inc. and another vs. Tehran Redevelopment Corp.* (laudo de 26 de abril de 1985) y el caso *Woodward-Clyde Consultants vs. Atomic Energy Organisation of Iran and another* (laudo de 2 de septiembre de 1983).

En el caso *DIC of Delaware, Inc. and another vs. Tehran Redevelopment Corp*. la controversia surgió, una vez más, a partir de las alegaciones del demandado de que el tribunal carecía de competencia para conocer sobre un contrato celebrado oralmente, en la medida en que el mismo era nulo conforme a la legislación iraní aplicable, que exige que los contratos sean concluidos también por escrito.

Por el contrario, los demandantes presentaron prueba que acreditaba que el contrato había sido ejecutado parcialmente por el demandado. Y, a la luz de dicha prueba, el tribunal arbitral –en el mismo sentido, al caso *Framatome* antes referido– resolvió que dichos actos propios del demandado le impedían sostener en el arbitraje la inexistencia del contrato; incidiendo, además, en el principio general de buena fe en las relaciones internacionales, tanto interestatales, como entre los Estados y los particulares.

Asimismo, también cabe resaltar el caso *Woodward-Clyde Consultants vs. Atomic Energy Organisation of Iran and another*, en el que, ante la aportación de dos medios de prueba contradictorios por parte de las autoridades estatales iraníes, uno a favor de la posición de la demandante y otra a favor de la posición de la demandada (una entidad estatal iraní), el tribunal arbitral resolvió que la inconsistencia por parte de las autoridades estatales iraníes en sus propios actos había de interpretarse en su contra, conforme al principio estudiado; y, por tanto, decidió a favor de la posición de la demandante con base a la prueba presentada.

Con lo ya expuesto, podemos decir que la aplicación del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios, se ha extendido de forma generalizada, tanto en el contexto del arbitraje de inversión, como en el contexto del arbitraje comercial, máxime tras la entrada en vigor de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985; que, como vimos, lo contempla de forma implícita en su art. 4, y culminando con su reconocimiento expreso en el art. 1.8 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, tanto en su versión de 2004 como en la de 2010.

Por último, junto a esta breve retrospectiva de los casos más importantes en el reconocimiento y desarrollo del principio que nos ocupa en el procedimiento arbitral, quisiera, asimismo, incidir muy brevemente en algunos casos que reflejan una práctica más reciente respecto a su aplicación por los tribunales en las distintas jurisdicciones en la fase posterior al arbitraje y, en concreto, en el contexto de la ejecución forzosa del laudo.

En este sentido, cabe citar el caso resuelto por el Tribunal Federal suizo en su sentencia de 28 de julio de 2010, mediante la cual reconoció la ejecución de un laudo arbitral estadounidense, concluyendo que las objeciones acerca de la imparcialidad del árbitro no podían prosperar con base en la aplicación del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios. Y ello porque el demandado no podía alegar la imparcialidad de un árbitro por unos hechos que había conocido en el curso del procedimiento arbitral –el árbitro y uno de los letrados de la otra parte habían coincidido en dos encuentros sociales– sin haber planteado, oportunamente, la objeción correspondiente.

Y, en la misma línea, se ha de reseñar el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 17 de noviembre de 2011 (RJ\2012\540), en el que dicho tribunal estimó el reconocimiento de un laudo arbitral francés, basándose, entre otros motivos, en el hecho de que el demandado no hubiera planteado en el momento oportuno, objeción alguna; ni en el procedimiento arbitral, ni en sede de anulación del laudo.

Concretamente, el tribunal declaró que no cabía admitir las alegaciones de contravención del orden público planteadas por el demandado, respecto a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva,

del derecho a un juez imparcial y del principio de igualdad, puesto que, habiéndose constituido en situación de rebeldía voluntaria en el proceso arbitral, se le enviaron todas las notificaciones de las comunicaciones acerca de su desarrollo y, en último término, se le remitió el laudo, constando acreditado su acuse de recibo, sin que el demandado hubiera ejercitado, posteriormente, acción alguna, conforme a los medios de anulación de los que disponía al amparo de la legislación francesa.

De otro lado, *a sensu contrario*, cabe hacer referencia al caso resuelto el 13 de enero de 2011 por el *Oberlandesgericht* [Corte de Apelación] de Thuringia (n.° 1 Sch 01/08), donde la Corte aplicó el principio que nos ocupa, también respecto a la ejecución de un laudo arbitral, concluyendo que el demandado no podía ser impedido de plantear su objeción en sede de ejecución del laudo, no sólo por no haber participado en el arbitraje, sino también por el hecho de haber acreditado que había planteado, en el momento oportuno, al inicio del arbitraje, su objeción a la validez de la cláusula arbitral.

4. Conclusión

A la luz de lo anterior, en la reseña de este vocablo no cabe concluir sino constatando la consolidación del principio de no incurrir en contradicción con los actos propios como principio general del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional, reconocido, de forma generalizada, tanto por la normativa, como por la doctrina y práctica arbitral. Ahora bien, a la hora de su aplicación concreta, como se vio, los elementos determinantes conforme a los cuales se resuelva considerarlo para analizar una determinada cuestión, procedimental o de fondo, variarán, sustancialmente, en función de las circunstancias específicas de cada caso. Y ello porque, en definitiva, en dicho principio subyace la finalidad de proteger las expectativas legítimas de las partes como pilar fundamental del comercio internacional.

(Autor: Carlos de los Santos Lago. Socio de J&A Garrigues, S.L.P. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BERGER, K.P. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. The Hague-London-Boston, 1999 BOWDEN, P. *L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration*. GAILLARD (ed.). «Transnational Rules in Commercial Arbitration». *ICC Publ*. París, 1999, n.° 480,4, pp. 125 *et seq*. CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals.* Cambridge, 1987, reprinted. DASSER, F. *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria*. Zürich 1989. DOMINGO, ORTEGA, RODRÍGUEZ-ANTOLIN Y ZAMBRANA. *Principios de Derecho Global*. Navarra, 2006. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.). La Haya, 1999, p. 820. GAILLARD, E. «L'Interdiction de se Contredire au Détriment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International». *Revue d'Arbitrage*, 1985, pp. 241 *et seq*. LANDO, O. y Hugh BEALE (eds.). *Comment to Art. 1:201 PECL*, pp. 114 *et seq*. LALIVE, P. «Ordre Public Transnational (ou Réellement International) et Arbitrage International». *Revue d'Arbitrage*, 1986, pp. 329 *et seq*. LANGEN, E. *Transnationales Recht*. Heidelberg, 1981. SCHMITTHOFF, C. *International Trade Usages*. París: Institute of International Business Law and Practice Newsletter, Special Issue, *ICC Publication* n.° 440, 4. París, 1987. MAYER, P. «Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International». En *Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M.*, 1993, pp. 543 *et seq*. PAULSSON, J. *La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C.C.I*. Revue d'Arbitrage, 1990, pp. 55 *et seq*. SCHLECHTRIEM, P. (ed.). *Comment on Art. 7, English Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford, 1998. SILVA ROMERO, E. *Note to ICC Award n.° 10671*, Clunet 2006, pp. 1423 *et seq*.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: Tribunal arbitral de reclamanciones entre Irán-Estados Unidos (Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT)): caso *DIC of Delaware et al. vs. Tehran Redevelopment Corp. Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, pp. 332 *et seq*. y caso *Woodward-Clyde Consultants vs. Iran et al.*, 3 IRAN-U.S. C.T.R., at 239 *et seq*. Laudo Ciadi, *AMCO Asia Corp. et al. vs. The Republic of Indonesia et al.*, YCA 1985, at 61 *et seq*. Laudo TAS CAS 2002/O/410, *The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*. Laudo CCI, caso *Framatome*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1983, at 94, 101 *et seq*.

En particular, junto al caso *Framatome,* cabe reseñar la aplicación del principio estudiado en los siguientes casos: Laudo final caso n.° 7421 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2010, vol. 21, n.° 2, p. 64). Laudo final caso n.° 9532 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2009, vol. 21, n.° 2, p. 92). Laudo final caso n.° 13764 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20, n.° 1, p. 112). Laudo final caso n.° 9202 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, vol. 19, n.° 2, p. 80). Laudo parcial caso n.° 9474 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n.° 2, 2001, p. 60). Laudo final caso n.° 6216 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2001, vol. 12, n.° 1, p. 51). Laudo final caso n.° 10346 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2001, vol. 12, n.°. 2, p. 106). Laudo final caso n.° 9448 (laudo final caso n.° 2000, vol. 11, n.° 2, p. 103). Laudo final caso n.° 5835, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 1999, vol. 10, n.° 2, 1999, p. 34). Laudo final caso n.° 5835 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1999, vol. 10, n.° 2, p. 32). Laudo final caso n.° 5835 (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 1995, vol. 6, n.° 1, p. 66), y el Laudo final caso n.° 6216 (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 1991, vol. 2, n.° 1, p. 26).

Por último, entre las decisiones de los tribunales jurisdiccionales, reseñar: Sentencia del Tribunal Constitucional español, de 24 octubre 1988 (RTC 1988,198). Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 (RJ 1999, 654). Decisión de la *Cour*

d'appel de París de 17 de enero de 2002. Decisión de la Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation* por vez primera en su Decisión de 27 de febrero de 2009 (*Pourvoi* n.º 07-19.841). Decisión de la *Cour de Cassation* de 20 de septiembre de 2011 (*Pourvoi* n.º 10-22.888). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 17 de noviembre de 2011. Sentencia del Tribunal Federal suizo de 28 de julio de 2010 (*vid*. Comentario en Van den Berg, A.J. (ed.)). *Yearbook Commercial Arbitration*, 2011 (Kluwer Law International, 2011), pp. 337-339. Oberlandesgericht [Corte de Apelación] de Thuringia, 13 January 2011 (n.º 1 Sch 01/08).

Vocablos conexos: Arbitraje comercial internacional. Buena fe (en el Arbitraje). Derecho anglosajón. Fuentes del Derecho arbitral. Interpretación del contrato. *Lex Mercatoria*. Ley Modelo Uncitral. Principios de Derecho europeo de los contratos. Principios del Derecho internacional. Principios generales del Derecho. Principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales. Sumisión al arbitraje (expresa y tácita). Transnacionalización de la norma aplicable. *Venire contra factum proprium.*

Principios de Derecho europeo de los contratos

1. Significado

Se trata de una obra realizada por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (*Commission on European Contract Law*), que recoge un conjunto de principios o reglas de Derecho contractual que pretenden ser expresión de los aspectos jurídicos comunes a los Estados de la Unión Europea en esta materia, y que, además, están estructurados en forma de sistema jurídico completo, con el fin de servir de ordenamiento privado para ser aplicado a las relaciones contractuales entre partes. Con este fin, sus autores han ido más allá, creando normas que no están vigentes en ninguno de los Estados europeos, pero que dentro de este marco, consideran que son las más adecuadas en función de la realidad socio-económica actual.

Los principios de Derecho contractual europeo (a partir de ahora PECL, en sus siglas inglesas) constituyen un caso de *soft law*. Es decir, carecen de fuerza obligatoria por no haber sido adoptados por la Unión Europea, la cual ni siquiera participó en el nombramiento de los miembros de la Comisión. En este sentido, su única autoridad se sustenta sobre el prestigio científico de quienes los han elaborado. Ahora bien, fueron diseñados con el objetivo de tener alguna repercusión práctica y, de alguna forma, han sido reconocidos por los organismos europeos; así, la Comisión Europea ha participado en la financiación de la Comisión de Derecho Contractual Europeo y los PECL aparecen mencionados en la Comunicación de 11 de julio de 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeo [COM (2001) 398 final, de 11 de julio de 2001].

2. Elaboración y contenido

La Comisión de Derecho Contractual Europeo está integrada por un grupo de juristas procedentes de todos los Estados de la Unión Europea bajo la dirección del profesor danés Ole Lando. Con esta obra, la llamada Comisión Lando trató de responder a la necesidad de crear una infraestructura de Derecho contractual a nivel europeo, que contribuyese a la consolidación de la legislación comunitaria en este terreno, que desde el punto de vista institucional ha ido siguiendo un proceso selectivo de armonizar el Derecho privado por sectores, a medida que se han ido haciendo patentes necesidades concretas.

La comisión comenzó a preparar los PECL a principios de los años 1980. La primera parte se publicó en 1995 en inglés y en alemán. La versión francesa es de 1997. Su contenido hacía referencia al cumplimiento e incumplimiento contractual, así como a los recursos frente al incumplimiento.

Paralelamente, en 1992 la Comisión empezó a trabajar en la elaboración de nuevos principios. Como resultado de esta labor se publicó en 1999, en inglés, un volumen que contenía las dos primeras partes, la primera de ellas revisada. Este volumen, junto a los asuntos ya tratados anteriormente, recogía los temas de la formación, validez, interpretación y contenido del contrato, así como la representación. La versión italiana de estas dos partes se publicó en 2001, y la alemana en 2002.

Durante la última reunión antes de la publicación del segundo volumen, celebrada en Estocolmo en 1995, la Comisión acordó completar la obra con una tercera parte, que incluiría principios sobre pluralidad de sujetos, cesión de créditos (tomando el término «crédito» en el sentido de «pretensión»), sustitución de deudor, cesión de la posición contractual, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización de intereses. Se empezó a preparar en diciembre de 1997 y el volumen vio la luz en inglés en 2003.

3. Fuentes

Tanto en la forma como en el contenido, los PECL han recibido la influencia del *Restatements of Contracts (2d)* y el *Uniform Commercial Code* (las dos sistematizaciones norteamericanas más importantes en materia contractual), de los principios Unidroit y de algunas convenciones internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

Así como el *Restatement of Contracts* norteamericano, cuya segunda edición se publicó en 1981, pretende ser una formulación de Derecho vigente, pero no recogido en una ley escrita, puesto que en casi todos los Estados americanos, el Derecho contractual, está basado en el *common law*, en la Unión Europea, caracterizada por la existencia de distintos sistemas legales, el proceso para elaborar unos principios uniformes es mucho más creativo, consistente en determinar los principios comunes, en primer lugar; y, sobre esa base, elaborar un sistema uniforme que no resulte extraño a la cultura jurídica de cada uno de los Estados miembros. En este sentido, los mismos autores reconocen que algunas de las disposiciones contenidas en los PECL reflejan ideas que no son Derecho vigente en ninguno de los Estados de la Unión Europea.

En cuanto al *Uniform Commercial Code*, se trata de un texto articulado con el propósito de armonizar, simplificar y modernizar el Derecho relativo al tráfico mercantil de los distintos Estados norteamericanos, promovido por dos asociaciones de académicos y prácticos del Derecho de ámbito nacional. Posteriormente, cada Estado tiene libertad para incorporarlo como ley a su ordenamiento. Está constituido por 11 *Articles* (que en el Derecho continental se traduciría por «libros») subdivididos en *Sections* (desde el punto de vista del Derecho continental, «artículos»). Cada sección va seguida de un comentario explicativo que, aunque formalmente no son parte de la ley, son usados con frecuencia por los tribunales para fundamentar sus decisiones.

Sin embargo, la fuente de inspiración más importante de los PECL han sido los principios Unidroit (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, a partir de ahora UP) publicados por primera vez en 1994. Hay muchas similitudes entre ambos textos y, de hecho, los PECL a veces son literalmente iguales a los UP, lo cual no sorprende demasiado, habida cuenta del solapamiento entre las comisiones preparadoras de ambos y del hecho de que trabajaron durante varios años al mismo tiempo. Quizá una de las diferencias más importantes entre ellos sea el ámbito de aplicación, mientras los Unidroit están previstos para un comercio internacional a nivel mundial, los PECL se han diseñado, principalmente, para el entorno europeo.

4. Marco histórico y papel de los PECL en el proceso de armonización del Derecho privado europeo

El tema de los principios de Derecho europeo de los contratos se enmarca dentro de otro más amplio y ambicioso: la posible unificación del Derecho privado europeo. Tradicionalmente, el Derecho privado en Europa abarca el Derecho de familia, el de sucesiones, los derechos reales y el de obligaciones con sus tres ramas principales, Derecho contractual, de reparación y de daños. El ámbito donde más urgentemente se precisa de una armonización, es el del Derecho contractual, toda vez que el principio básico del Derecho privado es la autonomía privada, y el contrato su principal exponente.

Los tratados constitutivos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea no prevén la competencia de las autoridades europeas para la unificación del Derecho europeo de obligaciones. Lo que significa que cualquier intento de unificar el Derecho de obligaciones implicaría una modificación previa de los tratados constitutivos.

Ahora bien, a partir de los años ochenta del siglo pasado, se viene hablando desde distintas instancias de la armonización del Derecho material europeo, al tiempo que se han dado pasos en este sentido, tanto a nivel institucional como doctrinal.

A nivel institucional, el Parlamento Europeo planteó, por primera vez, la elaboración de un «Código europeo de Derecho privado» en sus resoluciones de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994, dirigidas al Consejo, la Comisión y los Estados miembros. En octubre de 1999 el Consejo Europeo decidió que la Comisión y el Consejo de Ministros debían preparar un estudio global sobre la necesidad de aproximar el Derecho civil de los Estados miembros.

Fue el 11 de julio de 2001 cuando la Comisión Europea emitió una comunicación [COM (2001) 398 final de 11 de julio de 2001] al Consejo, al Parlamento Europeo y a otras partes interesadas, cuyo objetivo era ampliar el debate sobre Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia. Esta comunicación abrió un amplio

proceso de consulta pública sobre la fragmentación del marco jurídico en el ámbito del Derecho contractual y los obstáculos que ello supone para el comercio transfronterizo en Europa.

La Comisión ofreció hasta cuatro posibles soluciones, la primera sería no tomar ninguna iniciativa y dejar que el mercado por sí mismo eliminara los obstáculos; la segunda, promover el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual que ayudarán a la convergencia de los Derechos nacionales y en forma de *restatement*; es decir, una especie de *soft law* o normas no vinculantes sobre contratos; la tercera, mejorar la legislación ya existente, y la cuarta, elaborar una legislación comunitaria global y coherente sobre la materia.

Finalmente, y para el supuesto de que se opte por esta última, es decir, la adopción de una legislación comunitaria completa, la Comisión planteaba también cuatro cuestiones relativas a la forma de llevarla a cabo, a saber: a) el tipo de acto que hubiera de adoptarse (reglamento, directiva o recomendación), b) su relación con la legislación nacional, c) la posibilidad de distinguir entre normas obligatorias y facultativas y d) la posibilidad de que las partes elijan la aplicación de las disposiciones comunitarias o la aplicación automática de determinadas normas, en caso de que las partes no hallaran una solución específica.

Durante los años 2001 y 2002 la Comisión fue recibiendo respuestas a su comunicación. Mientras que el Consejo de Ministros no se opuso frontalmente a la armonización del Derecho contractual si se ponía de manifiesto tal necesidad, el Parlamento Europeo aprobó una resolución de 15 de noviembre de 2001, que, más concreta, contemplaba un calendario de actuaciones dirigido a la aprobación de un Derecho contractual europeo (*body of rules*) a partir de 2010. Las partes interesadas; a saber, gobiernos, tribunales, abogados, organizaciones empresariales, facultades de Derecho y estudiosos individuales manifestaron opiniones muy variadas. Sin embargo, fueron mayoritarias las que apoyaban la redacción de principios no vinculantes y la revisión y mejora del acervo comunitario existente. Por su parte, la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo y el Grupo de Estudio de un Código Civil europeo (Comisiones Lando/Von Bar) apoyaron la revisión de la legislación existente junto a la elaboración de un *restatement* en forma de principios con notas y comentarios. Dicho *restatement* debía ser de adopción voluntaria inicialmente y sentar las bases para una legislación comunitaria exhaustiva y de naturaleza obligatoria.

El 12 de febrero de 2003, la Comisión publicó un Plan de Acción [COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003] en el que proponía mejorar la calidad y coherencia del Derecho contractual europeo mediante un Marco Común de Referencia (a partir de ahora MCR) que incluyera principios, terminología y reglas modelo comunes que usara el legislador de la Unión al crear o modificar legislación. En el documento se proponía también la revisión del acervo de la Unión en materia de Derecho contractual de consumidores, para eliminar incoherencias y suplir lagunas regulatorias. En octubre del 2008, a raíz de la revisión, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor [COM (2008) 614, de 8 de octubre de 2008], medida pensada para impulsar el mercado interno minorista.

Fruto del mismo Plan, la Comisión financió y siguió estrechamente la labor de una red académica internacional que llevó a cabo la investigación jurídica preparatoria para la adopción del MCR. La investigación concluyó a finales del 2008 y llevó a la publicación del Proyecto de Marco Común de Referencia o *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora DCFR) [Von Bar/Clive Schulte-Nölke (2009)], conjunto de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho civil, incluido el Derecho contractual y de responsabilidad civil. Incluye disposiciones, tanto para los contratos mercantiles como para los de consumo. Esta red académica está integrada por el Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo, dirigido por el profesor Christian von Bar, y por el *Acquis Group*, fundado en 2002 e integrado también por académicos de casi todos los Estados miembros, y dedicado como el Grupo de Estudio, a la investigación de las estructuras comunes del emergente Derecho privado de la Unión Europea. Ha basado su trabajo en varios proyectos previos emprendidos a nivel europeo e internacional. Uno de dichos proyectos fueron los PECL de la Comisión Lando.

En 2010, la Comisión Europea promovió una nueva estrategia en el ámbito del Derecho contractual. Por un lado, publicó el Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM (2010) 348 final, de 1 de julio de 2010], en el que se exponen las diferentes opciones políticas para reforzar el mercado interior avanzando en el ámbito del Derecho contractual europeo. Por otro, promovió la constitución de un grupo de expertos para estudiar la viabilidad de un instrumento de Derecho contractual europeo, y elaborar un Marco Común de Referencia en este ámbito, a partir de la selección de las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual, debidamente reestructuradas, revisadas y completadas.

En respuesta al Libro Verde, el Parlamento Europeo adoptó el 8 de junio de 2011 una resolución en la que expresaba su firme apoyo a un instrumento que permitiera mejorar el establecimiento y funcionamiento

del mercado interior y beneficiara a los comerciantes, consumidores y a los sistemas judiciales de los Estados miembros.

Las reacciones al Libro Verde también expresaron preferencias en relación con el ámbito material del instrumento. Como consecuencia de ello, la Comisión promovió la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final de 11 de octubre de 2011]. Dicho Reglamento tiene como objetivo armonizar las legislaciones contractuales nacionales de los Estados miembros, sin imponer modificaciones a sus normativas vigentes, sino creando en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, un segundo régimen de Derecho contractual aplicable a los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Dicho régimen es idéntico en toda la Unión Europea y coexistirá con las normas del Derecho contractual nacional vigentes. La normativa común de compraventa europea se aplicaría a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes.

A nivel político, algunos de los gobiernos han dado su apoyo a la idea de la codificación. En febrero de 1997, el gobierno holandés organizó un simposio sobre el futuro Código Civil europeo en La Haya. De él nació el Grupo de Estudio de un Código Civil europeo dirigido por el profesor Christian VON BAR, de la Universidad de Osnabrück, Alemania que se dedica a realizar estudios de Derecho comparado y a la elaboración de un borrador de código. Otros centros de investigación se han sumado a esta iniciativa, el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrect*, de Hamburgo (Alemania), donde se trata, principalmente, el tema de la seguridad personal y de las operaciones garantizadas relativas bienes muebles (hipoteca de bienes muebles, la reserva de dominio, etc.).

El centro de Hamburgo y el *Zentrum für Europäisches Recht* en la Universidad de Innsbruck en Austria tratan los contratos de seguro. En Alemania, el centro de Osnabrück investiga sobre la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento injusto y la *negotiorum gestio*. Centros de Amsterdam, Utrecht y Tilburg en los Países Bajos trabajan en el tema de ventas, contratos a largo plazo y los contratos de *renditions of services*, tales como los contratos de construcción y los de servicios prestados por profesionales (abogados, médicos, contables, etc.). En Austria, un centro de Salzburgo se dedica al estudio de la transmisión de la propiedad de bienes muebles.

El papel actual de los PECL es servir de base para todo este trabajo. La previsión de sus redactores, es que se integren en lo que puede llegar a convertirse en un Código Civil europeo.

5. Estructura

Los PECL están redactados en forma de normas o reglas distribuidas en artículos y agrupados éstos en capítulos. Los principios van acompañados de comentarios y notas de Derecho comparado y donde se da cuenta de los antecedentes de los mismos. La extensión de las notas difiere notablemente en función del capítulo de que se trate; a saber, cuando los artículos recogen conceptos que tienen un tratamiento común o similar a la mayoría de los sistemas legales europeos, la extensión de las notas de Derecho comparado es, considerablemente, menor que en aquellos conceptos donde no existe tal uniformidad.

Las dos primeras partes constan de ciento treinta y dos artículos distribuidos en nueve capítulos. La tercera tiene sesenta y nueve artículos divididos en ocho capítulos. Puesto que las partes I y II terminaban en el capítulo 9, la tercera parte se inicia con el capítulo 10.

6. Fines

Para sus autores, los PECL recogen las entrañas comunes del Derecho contractual de los países de la Unión Europea, elaborado en forma de sistema jurídico que pueda funcionar como un ordenamiento privado para regular las relaciones contractuales entre los distintos países de la Unión. Este objetivo general es desgranado por los mismos autores en la introducción de los PECL.

En primer lugar, pretenden ofrecer una infraestructura de Derecho contractual a nivel europeo que sirva como herramienta a las instituciones de la Unión Europea a la hora de diseñar o de interpretar la fragmentada legislación comunitaria en esta materia. De hecho, como se ha puesto de manifiesto en el punto relativo al Marco de Referencia, la Unión Europea camina desde hace años hacia la armonización del Derecho privado en Europa y se han dado ya varios pasos en este sentido. Los mismos integrantes de la Comisión de Derecho Contractual Europeo han participado en la elaboración del Marco Común de Referencia.

Además, los mismos PECL, en el art. 1:101, se presentan como un ordenamiento privado integrado por principios neutrales al que las partes contratantes pueden someter su acuerdo. Se ha criticado la trascendencia práctica de este objetivo por varias razones. La primera es que los países de la UE están sometidos al Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [Reglamento n.° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE, 4.07.2008)], de cuyo art. 3 se desprende implícitamente que la posibilidad de las partes de elegir una ley para regir sus contratos, se reduce al ámbito de las legislaciones nacionales. Aunque la cuestión no es pacífica, esta ambigüedad fortalece un segundo argumento en contra, y es que en las respuestas a la cuestión planteada por la Comisión Europea en varias de sus comunicaciones sobre Derecho contractual, sobre cuál es el mayor obstáculo con el que se encuentran las empresas a la hora de hacer negocios fuera de su propio país, es la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable y, en tanto y en cuanto las normas de Derecho internacional privado son imperativas, la elección de los PECL como Derecho aplicable no proporcionaría la seguridad jurídica deseada.

Sin embargo, esta incertidumbre en cuanto a la posibilidad de someter un contrato al ordenamiento contenido en los PECL, se reduce si las partes han pactado someter sus controversias a arbitraje. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Internacional, en su art. 28, permite esta posibilidad, y existen varias leyes de arbitraje nacionales que también lo hacen, como es el caso de España (art. 34 de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje). En este sentido, se pueden dar casos en los que sea técnicamente posible; y, por tanto, seguro jurídicamente, acogerse a estas normas para regir un contrato internacional.

En tercer lugar, los PECL pretenden ofrecer a los tribunales y legisladores de los Estados de la Unión, unos principios guía que les sirvan de referencia para la interpretación de las normas y para la elaboración de las mismas. Los PECL gozan de autoridad en el ámbito europeo y han dado pie a múltiples estudios en los que se los compara con los sistemas jurídicos de los Estados miembro de la Unión. Han tenido influencia en la revisión del Código Civil alemán del 2002. Algunos autores hablan de una influencia implícita de los PECL, en el sentido de que su consideración puede dar lugar a que los legisladores sean más conscientes de las razones de las normas que aprueban, precisamente, por su contraste con aquéllas contenidas en los PECL.

Finalmente, sus diseñadores también hablan de la función de servir de base para un futuro Código Civil europeo de contratos. El Profesor Lando abraza este objetivo que constituye la cuarta opción de la comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho Contractual de 11 de julio de 2001.

En cualquier caso, es indudable el papel armonizador, en cuanto a la terminología que realiza este tipo de instrumento. Varios autores señalan su papel como creadores de un lenguaje común que facilita la comunicación entre los estudiosos europeos, así como la educación de los estudiantes de las ciencias jurídicas.

(Autora: María Fernández Arrojo. Profesora de Derecho civil de la Universitat Internacional de Catalunya. Barcelona).

Referencias bibliográficas: Barres, P., J.M. Embid y F. Martínez (eds.). *Principios de Derecho contractual europeo.* Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, partes I y II. Comisión de Derecho Contractual Europeo, diponible en: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html (consultada el 22 de octubre de 2012). González, I. «Los principios Lando». en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas.* Barcelona: Bosch, 2009, pp. 151 y ss. Hesselink, M.W. y G.J.P. de Vries. *Principles of European Contract Law*. Netherlands: Kluwer, 2001. Lando, O. «Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 40, pp. 573 y ss. Lando, O. «The Rules of European contract law**».** Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html (consultada el 25 de octubre de 2012). Lando, O. y H. Beale. *Principles of European Contract Law. Parts I and II*. La Haya: Kluwer Law International, 2000. Lando, O., E. Clive, A. Prüm y R. Zimmerman (eds.). *Principles of European Contract Law: Part III*. La Haya: Kluwer Law International, 2003. Schulze, R. «El *Acquis communitaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo». En Ferrer, M.ª P. y A. Martínez. (dirs.). *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 51 y ss. Smits, J.M. «The Principles of European Contract Law and the Harmonization of Private Law in Europe». En Vaquer, A. (ed.). *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 567 y ss. Von Bar, C., E. Clive y H. Schulte-Nölke. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Preparado por *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law* (*Acquis Group*). Munich: Sellier, 2009.

Vocablos conexos: Comisión de Derecho Contractual Europeo. Principios generales del Derecho. Principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales.

Principios del Derecho internacional

En un sentido amplio, el Derecho internacional (DI) como sistema jurídico también tiene unos principios que le son propios.

Entre éstos, sin dejar de tener presente la existencia de los principios de Derecho internacional referidos a los derechos humanos, nos centraremos en los principios de Derecho internacional como parte del ordenamiento aplicable por los árbitros. En este sentido, hemos de tener presente, en el caso de las controversias entre Estados, los principios proclamados mediante la Resolución n.° 2625 (xxv) de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Como el texto mismo de la Resolución n.° 2625 indica, estos principios sintonizan la suprema importancia de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y para el desarrollo de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, entre los cuales tenemos:

a. El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

b. El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia.

c. La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta.

d. La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.

e. El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

f. El principio de la igualdad soberana de los Estados.

g. El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, para conseguir su aplicación más efectiva dentro de la comunidad internacional y fomentarán la realización de los propósitos de las Naciones Unidas.

Asimismo, hay principios que subyacen en el orden jurídico económico internacional, como la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, la libre opción del sistema económico de cada país. De igual manera, hay principios establecidos en tratados como la no discriminación.

Del mismo modo, en el marco del Derecho de las inversiones internacionales, resaltan el principio de no confiscatoriedad y el principio del trato de la nación más favorecida.

En conexión con lo expuesto, también conviene añadir que resulta muy interesante la formulación realizada en la 62.ª Conferencia de la *International Law Association* de 1986, mediante la Declaración de Seúl y, también, la Declaración de Principios de Derecho Internacional Relativos al Desarrollo Sostenible de 2002, texto que subraya que el desarrollo económico e industrial ha de realizarse con respeto al medio ambiente.

En lo que a arbitraje concierne, estos principios están llamados a cubrir lagunas del ordenamiento en controversias y que podrían ser aplicadas de oficio por los árbitros, sobre todo cuando de disputas interestatales se trata.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Bronwlie, I. *Principles of Public International Law.* Oxford, 1998, pp. 514-517. Novak Talavera, F. y L. García-Corrochano Moyano. *Derecho internacional público.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo i.

Vocablos conexos: Arbitraje interestatal. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones.

Principios generales del arbitraje

1. Concepto y fundamento

Mediante el arbitraje las partes se obligan a someter a la decisión de uno o varios árbitros, todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en una determinada relación jurídica. Su origen es anterior a la propia existencia de los tribunales y del proceso judicial, y entre sus bondades está la mayor rapidez, flexibilidad y menor formalismo.

Es una institución globalmente en auge en las últimas décadas. Varias son las razones que explican este fenómeno incluyendo las tendencias hacia (i) la liberalización y flexibilización del concepto del Estado y el consiguiente aumento del margen de maniobra para la autonomía de las partes y la desestatalización de la justicia; (ii) la globalización e interpenetración de los mercados, incluyendo el mercado de ideas; (iii) la internacionalización del comercio, campo de cultivo idóneo para el arbitraje; (iv) el asombroso éxito a escala global del Convenio (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958; y (v) la aceptación del arbitraje «de inversión» como la medida de preferencia para dirimir disputas entre Estados e inversores con origen en inversiones efectuadas en los Estados receptores.

Todo indica que este auge, tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional, tanto en el comercial como en el de inversiones, aún tiene mucho recorrido para seguir mostrándose como digna alternativa a la tutela judicial estatal.

2. Naturaleza jurídica

En el nacimiento, desarrollo y terminación del arbitraje concurren una pluralidad de actuaciones de diversa naturaleza. Esa diversidad jurídica ha provocado discusiones doctrinales en torno a la naturaleza de la institución arbitral. Esencialmente, pueden reconducirse a tres teorías:

1.ª La *teoría contractualista*. Pone el acento en el convenio arbitral. De él nace el arbitraje, donde se plasma la voluntad de sometimiento de la disputa a arbitraje, amén de conformar, eventualmente, su desarrollo (determinación del órgano arbitral, iniciación del arbitraje, sometimiento a una institución arbitral, reglas de procedimiento, etc.). La indudable naturaleza contractual del convenio que lo llevó a su consagración.

2.ª La *teoría jurisdiccionalista*. Pone el acento en la naturaleza de la función arbitral (jurisdiccional) y en los efectos que el ordenamiento jurídico otorga al laudo arbitral: fuerza ejecutiva y eficacia de cosa juzgada.

3.ª La *teoría mixta*. Acepta que en el nacimiento, el arbitraje es contractual, si bien en su desarrollo y conclusión (incluida su eficacia) es jurisdiccional. Es ésta la posición que más adeptos arroja en la actualidad.

Y de ahí surge la pregunta (ya) clásica: ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce (el proceso) para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?

Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: «el arbitraje es el arbitraje», y ésa es su naturaleza jurídica. Afirmar esto supone asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que, efectivamente, en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma.

3. Principios del proceso arbitral

Para que se pueda hablar de proceso, sea judicial o arbitral, es necesario que concurran los principios consustanciales a su existencia: dualidad de posiciones, contradicción e igualdad.

La «razón de ser» del arbitraje no es unitaria; es más bien una cuestión de múltiples razones, las que, según el caso, hacen que la balanza se incline a favor de esta medida de resolución de disputas y no otra.

Aun así, son dos las razones que con más frecuencia se citan como determinantes. La primera es la autonomía de las partes, ya que el arbitraje les brinda no sólo la oportunidad de elegir arbitrar, sino de elegir cómo van a arbitrar: ¿bajo las reglas de una institución administradora, o *ad hoc*?; ¿con sede en una jurisdicción u otra?; ¿con un árbitro o tres?; ¿con qué reglas para la designación de árbitro?; y, sobre todo, ¿con qué reglas procedimentales se va a llevar a cabo el proceso?, ya que para nada tienen que ser aplicables y aplicadas al arbitraje –forzosa e imperativamente– las reglas que rigen en la jurisdicción ordinaria.

La segunda justificación frecuentemente citada es el menor coste y mayor rapidez, o celeridad del proceso arbitral frente a procedimientos judiciales. Siendo, como es lógico, necesario abonar honorarios a los árbitros, uno podría preguntarse cómo es que se suele percibir el arbitraje como menos costoso que el litigio estatal. La razón estriba en el tiempo que transcurre entre el principio y el final de los dos tipos de proceso; la práctica –en particular, en jurisdicciones especialmente garantistas, litigiosas y que dedican escasos recursos a su sistema judicial (como un buen número de los países latinos)– refleja que los recursos, segundas instancias, casaciones, y a menudo situaciones de colapso en los juzgados, hace que el arbitraje (que opera, esencialmente, como un sistema de decisión única, de primera instancia, con muy poco margen para anular o perturbar un laudo, una vez emitido) salga más económico y más predecible respecto de costas, que la jurisdicción ordinaria.

3.1. Principios aplicables al arbitraje en general

- *Principio de* kompetenz-kompetenz *y de separabilidad*

El apartado 1 del art. 16 de la Ley Modelo Uncitral adopta estos dos importantes principios. El primero implica que el tribunal arbitral podrá decidir independientemente acerca de su propia competencia, incluso sobre toda excepción que se haya opuesto contra la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje, sin tener que recurrir a un tribunal estatal.

El principio de la separabilidad de la cláusula compromisoria supone que ésta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato (también conocido como principio de autonomía o independencia). En consecuencia, toda decisión del tribunal arbitral por la que se disponga que el contrato es nulo, no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

- *Principio de ejecutabilidad*

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (de Nueva York) de 1958 reúne a 149 Estados que aplican la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante. La Convención tiene como principal finalidad evitar que las sentencias arbitrales, nacionales o extranjeras, sean objeto de discriminación. A tal efecto, obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.

- *Principio de igualdad*

Durante todo el procedimiento arbitral las partes deben poder actuar en el mismo nivel y con las mismas posibilidades de hacer valer sus derechos (principios de audiencia y contradicción), sin que vean mermada su facultad de actuación. Analogía con principio de igualdad procesal en el que las partes han de poseer las mismas «armas procesales».

El derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad son valores fundamentales del arbitraje como proceso que es, y se consideran como límites a la autonomía de la voluntad y a la actuación de los árbitros.

- *Principio de confidencialidad*

En contraste con la publicidad inherente a los procesos judiciales, el arbitraje se lleva a cabo en un ámbito privado y que, por tanto, garantiza un nivel de confidencialidad que sería difícil o imposible de asegurar en un procedimiento judicial. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales han de guardar confidencialidad sobre las informaciones aportadas o vertidas a lo largo del arbitraje. El fundamento de este principio se encuentra en la propia naturaleza del arbitraje. Pese a ser la confidencialidad un elemento casi configurador de la institución arbitral, no ha tenido un reconocimiento legal y convencional categórico.

- *Principio de neutralidad*

El arbitraje no se ciñe a las jurisdicciones de un país en concreto por definición, ya que las partes pueden concretar el Estado en el cual se emitirá el laudo. Gracias a este aspecto del arbitraje, se puede evitar llevar a cabo procesos y solucionar conflictos en un Estado donde el sistema legal no sea lo suficientemente estable o fuerte. El hecho de establecer un foro neutral evita los posibles riesgos de que las partes se vean sometidas a los tribunales de justicia del país del que es originaria la otra parte.

- *Principio de finalidad*

Por lo general, no se dan casos de recursos o segundas instancias en el arbitraje. La revisión judicial de los laudos está restringida a la ley a la que se someta el caso, pero el margen de revisión suele ser muy limitado.

- *Principio de celeridad*

Generalmente, el arbitraje conlleva la resolución de la disputa en un período más breve que los procesos judiciales. La celeridad del proceso arbitral frente a los procedimientos judiciales tiene un reflejo directo en su coste.

3.2. Principios aplicables al árbitro, en particular

- *Principio de independencia*

Se trata de un criterio objetivo por el cual no debe existir vínculo entre el árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Esto se manifiesta en la inexistencia de relaciones próximas, sustanciales, recientes y probadas.

- *Principio de imparcialidad*

Al contrario que el anterior, consiste en un parámetro subjetivo que involucra a la conciencia del árbitro, en cuanto a la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión.

- *Principio de especialización técnica*

El arbitraje generalmente proporciona a las partes un considerable grado de libertad de elección en cuanto al nombramiento del árbitro (o árbitros). Consecuentemente, las partes tienen la libertad de elegir a árbitros con un nivel de especialización significativa y asegurarse así una resolución de alta calidad técnica. De este modo se evita el riesgo de que el juez competente, para conocer de un asunto, tenga poca experiencia en la materia objeto de la disputa.

- *Principio de discrecionalidad y motivación del laudo*

El árbitro tiene la potestad de decidir sobre un asunto a través del laudo y después de un estudio pormenorizado del caso. No obstante, debe motivar suficientemente la decisión que ha tomado, ya que su potestad está sujeta a este límite formal.

Aunque el árbitro tenga libertad de decisión, debe explicar y fundamentar por qué motivos estima la pretensión de una parte, y a qué se debe la desestimación de los argumentos de la contraria.

4. Naturaleza híbrida y evolutiva del arbitraje, en particular, en su vertiente internacional

Por su naturaleza, muchos aspectos del arbitraje internacional permanecen ajenos a la regulación estatal. Precisamente por esto, el arbitraje internacional se ha mostrado como un buen campo de cultivo para el desarrollo y diseminación de lo que suele denominarse «mejores prácticas» en el área, prácticas que a menudo tienen o llegan a tener su reflejo en la práctica arbitral doméstica.

En este campo de cultivo, se percibe una suerte de «hibridización», en la cual los elementos y prácticas del sistema jurídico civilista (énfasis en argumentación escrita y cierta preferencia por prueba documental, etc.) se entremezclan con otros más característicos del sistema de Derecho común (producción de documentos, interrogatorios agresivos a los testigos adversos, etc.).

A nivel internacional, reflejos influyentes de esta hibridización pueden encontrarse en tres publicaciones de la *International Bar Association*: «Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional», «Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional» y las Reglas sobre Representación de las Partes «*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*».

A nivel nacional, una buena prueba del impacto de estas «mejores prácticas» internacionales e híbridas, se puede encontrar en documentos de gran relevancia en el mundo arbitral hispanoparlante como las publicaciones del Club Español del Arbitraje sobre conflictos de interés y buenas prácticas arbitrales «El Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales» y «Recomendaciones del Club Español de Arbitraje Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros».

(Autor: Clifford J. Hendel. Socio de Aráoz & Rueda Abogados. Madrid).

Referencias bibliógraficas: González de Cossío, F. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011. Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Londres: Wölters Kluwer, 2012.

Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho inspiran los sistemas jurídicos sobre la base de la idea de justicia. Se encuentran en el ordenamiento interno de los Estados y, a la vez, son compartidos –o asumidos– por el Derecho internacional (DI), en cuanto ofrecen soluciones que ya los Estados han dado a situaciones similares. Tales principios suelen repetirse incluso en las distintas tradiciones jurídicas de la humanidad. De ahí que en el DI se reconozca que para aceptar la vigencia en el DI de los principios generales del Derecho, debe, pues, previamente, constatarse su existencia en el ordenamiento interno de los Estados. En esta línea, los principios generales del Derecho suelen ser reconocidos por tribunales internacionales en sus decisiones, tal como ocurrió, por ejemplo, con el principio del enriquecimiento injusto en el *Caso Lena Goldfields*, resuelto por un tribunal arbitral en 1930, que sentenció contra Rusia debido a que este Estado no pagó compensación a una compañía nacionalizada que había realizado inversiones destinadas al sector minero.

Al hilo de la aplicabilidad de los principios generales del Derecho, en el arbitraje comercial internacional conviene citar los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, que en realidad son enunciados que –ya presentes en el ordenamiento interno de los Estados– llegan a un escenario jurídico internacionalizado, tal como ocurre con el principio de la buena fe, la figura de la representación o la fuerza mayor; principios aplicables por los árbitros.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Bronwlie, I. *Principles of Public International Law.* Oxford, 1998, pp. 514-517. Novak Talavera, F. y L. García-Corrochano Moyano. *Derecho internacional público.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo I.

Vocablos conexos: Conflicto de leyes. Ley aplicable al arbitraje comercial internacional. Leyes de policía. Orden público. Principios del Derecho internacional. Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales

Los Principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales, adoptados en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), son un conjunto de reglas generales, las cuales, según su propio Preámbulo, son «aplicables a los contratos mercantiles internacionales». Los Principios abarcan diversos temas como la buena fe, la libertad de forma, la perfección del contrato, el error, el dolo, la excesiva desproporción, la interpretación del contrato, etc.

Cabe destacar que la versión actual de los Principios Unidroit (2010) tiene como precedente los Principios Unidroit enunciados en el año 2004 y en 1994. La versión de 2010 incluye un conjunto de reglas más amplio y desarrollado que las anteriores, con un total de veintiséis artículos nuevos que tratan de la restitución en caso de contratos fallidos, la ilicitud, las obligaciones condicionales y la pluralidad de deudores y de acreedores. En términos generales, los Principios Unidroit 2010 establecen un amplio conjunto de normas sobre los contratos comerciales internacionales y complementan una serie de instrumentos de Derecho mer-

cantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Los Principios se configuran como un texto articulado, elaborado con la finalidad de servir como un instrumento útil para la armonización jurídica sustantiva de la contratación mercantil internacional. No obstante lo anterior, los Principios no tienen carácter vinculante (*soft law*).

A pesar de su naturaleza «optativa», los Principios han sido acogidos de forma positiva por la doctrina, habiendo recibido, incluso, el apoyo expreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Informe n.º A/67/17 redactado en el seno del período de las sesiones celebradas entre el 25 de junio y el 6 de julio de 2012) que sostiene que «teniendo en cuenta que estos principios complementan una serie de instrumentos de Derecho mercantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», felicita «al Unidroit por haber hecho una nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales», y «recomienda la utilización de la edición de 2010 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, según proceda, con los fines a que se destinan» (*vid*. páginas 36 y 37 del referido Informe).

Así las cosas, y en lo que a la aplicabilidad de los Principios Unidroit concierne, éstos no son de aplicación obligatoria para las partes de un contrato, salvo pacto expreso en contrario. En efecto, los Principios pueden ser aplicados por la justicia estatal en los litigios que conocen y por los tribunales arbitrales –*ex* artículo 1.11– tanto por voluntad de las partes como por silencio de éstas.

Tal y como se señala en su Preámbulo, los Principios: «deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos», mediante la inclusión de una cláusula *ad hoc* por las partes a esos efectos, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad; «podrán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes»; o «cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato».

Por otra parte, y aun cuando los Principios no se configuran como norma de conflicto en sede de Derecho internacional privado, en la práctica, «estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme», «para interpretar o complementar el derecho nacional», y pueden servir como «modelo para los legisladores nacionales e internacionales».

En efecto, debe ser resaltada su utilidad no sólo para interpretar contratos, sino también para interpretar o suplementar el Derecho nacional o los textos internacionales en la resolución de conflictos en sede arbitral y judicial, tal y como se puede comprobar en la base de datos Unilex (www.unilex.info: 437 casos de los que 248 son procedimientos judiciales y 189 arbitrajes).

En concreto, en sede arbitral, se debe tener en cuenta que algunas instituciones arbitrales, como la CCI (Cámara de Comercio Internacional de París), establecen expresamente que el sometimiento de la resolución de los conflictos a sus Reglamentos «no limita la libertad de las partes de elegir el Derecho aplicable». Por ello, se recomienda, en términos generales, que las partes indiquen en la cláusula arbitral, el Derecho aplicable al contrato y, en su caso, su voluntad de que los Principios sean de aplicación.

En la práctica arbitral, pueden acaecer con distintos escenarios, como ocurre con los contratos internacionales en los que las partes acordaron expresamente que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o por «expresiones semejantes». En este escenario, la jurisprudencia arbitral entiende que esas expresiones pueden reflejar que las partes pretendían no sujetar su contrato a ordenamiento estatal alguno.

Al respecto, la Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, D.ª Pilar Perales Viscasillas, ha realizado un análisis de laudos arbitrales, que, en alguna medida, han tenido en consideración los Principios Unidroit. Sirvan como ejemplo los siguientes: *(i)* en el ámbito de The London Court of International Arbitration, un laudo de 1995 aplicó los Principios ante un contrato que contenía una cláusula de sometimiento a los Principios del Derecho anglosajón; *(ii)* en el marco de los laudos de la CCI, un laudo entendió la aplicación de los Principios Unidroit ante el acuerdo de que las disputas se resolverían conforme a la «justicia natural» (ICC n.º 7110/1995), en un arbitraje donde las partes acordaron la propuesta del árbitro de aplicar «las reglas generales de los contratos internacionales», el árbitro consideró que dichas reglas o principios generales están expresados en los Principios Unidroit (ICC n.º 9474/1999), en un arbitraje en el cual las partes acordaron que el contrato se regiría por el Derecho internacional, tras descartarse la aplicación de Derecho

nacional alguno o de conflicto propias del Derecho internacional privado, el árbitro entendió que las partes habían acordado aplicar la *lex mercatoria* y los principios generales aplicables a las obligaciones contractuales, siendo que éstos aparecen reflejados en los Principios Unidroit (ICC n.° 12111/2003), y en un laudo parcial, el tribunal arbitral decidió que existía un acuerdo de las partes (implícito) de inaplicar el Derecho nacional, por lo que decidió que el Derecho aplicable eran los Principios (ICC n.° 15089/2008); *(iii)* en un arbitraje *ad hoc*– en Costa Rica, las partes acordaron la resolución de controversias «on the basis of good faith and fair usages and with regard to the most sound commercial practices and friendly terms», y el tribunal arbitral aplicó los Principios Unidroit por considerarlos «el componente central de los Principios y reglas generales que regulan las obligaciones comerciales internacionales y que gozan de un amplio consenso internacional»; y *(iv)* en un arbitraje en el marco de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, los árbitros se vieron en la circunstancia de que el Derecho aplicable al contrato especificaba que las disputas se resolverían conforme a los principios generales de la *lex mercatoria*, y decidieron aplicar los Principios Unidroit.

(Autor: Cristina García-Margallo Gomendio. Youandlaw. Madrid).

Referencias normativas: The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) website (www.unidroit.org), *Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales 2010.*

Referencias bibliográficas: Redfern & Hunter. *International Arbitration*, 2015, pp. 211 y ss. Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C. *Avances en la aplicación de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes*, 2013. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Informe n.° A/67/17, redactado en el seno del período de las sesiones celebradas entre el 25 de junio y el 6 de julio de 2012*. Collantes, J.L. *La asunción de los Principios Unidroit sobre los Contratos Mercantiles Internacionales en la jurisprudencia arbitral*, 2012.

Vocablos conexos: Derecho aplicable al fondo del asunto. *Lex arbitrii*. *Lex mercatoria*. Principios generales del derecho. Usos y costumbres mercantiles. Fuentes del Derecho arbitral. Buena fe.

Procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral, como conjunto de reglas que rigen el desarrollo de las actuaciones arbitrales para que las partes puedan ejercer sus defensas con igualdad de oportunidades y los árbitros resolver la controversia, tiene carácter eminentemente dispositivo, porque son muy escasas las normas de *ius cogens* que lo regulan, a diferencia del proceso judicial.

Las normas que regulan el procedimiento arbitral no son en absoluto la legislación procesal de la jurisdicción ordinaria, salvo en los excepcionales supuestos en los que deba intervenir dicha jurisdicción, como es el caso de las medidas cautelares solicitadas ante un juez, la remoción y nombramiento judicial del árbitro o la asistencia judicial en la práctica de pruebas. El procedimiento arbitral se rige, exclusivamente, por la ley arbitral aplicable en cada jurisdicción, en su caso, complementada por los pactos suscritos por las partes y el reglamento de la institución que deba administrar el arbitraje, puesto que el efecto negativo del pacto arbitral excluye la intervención de los tribunales ordinarios; y, por supuesto, las normas adjetivas de aplicación a los mismos y al proceso judicial.

Se trata de un procedimiento regulado por las partes, directamente o a través del reglamento de la institución, puesto que las mismas pueden preestablecer unas reglas procedimentales a seguir. Reglas que tampoco tendrán carácter imperativo, dado que surgen de la autonomía de la voluntad, de modo que siempre cabrá su posterior modificación por las mismas partes, o la institución arbitral.

A mayor abundamiento, la vulneración de esas normas *dispositivas* que puedan preestablecerse de forma voluntaria o en el reglamento, difícilmente darán lugar a un vicio invalidante del laudo, dado que la mayor parte de ordenamientos jurídicos, siguiendo la Ley Modelo Uncitral, prevén que si tal vulneración no es denunciada en su momento, se entienden renunciadas las facultades de impugnación, y si son denunciadas en tiempo, su interpretación corresponderá al árbitro, en tanto se determinen las reglas del procedimiento.

De hecho, si las partes diseñan un procedimiento arbitral que entre en contradicción con el reglamento o normas o códigos éticos de la institución arbitral, ésta puede no aceptar el encargo arbitral, pero una vez admitido debería de respetar los pactos suscritos por las partes, siempre que sean previos a la aceptación del encargo deferido, y adecuar su actuación a los mismos.

El procedimiento arbitral es informal y flexible o adaptable a las circunstancias del caso concreto, dando lugar a un «procedimiento a la carta», por lo que no es aconsejable su excesiva reglamentación *ex ante*, ya sea en el convenio arbitral o el reglamento de las instituciones arbitrales, porque con ello se cercena dicha adaptabilidad a las necesidades procedimentales de cada caso concreto. Corresponde al árbitro dirigir el procedimiento, conforme a lo convenido por las partes y las reglas de la institución arbitral que, en su caso, administre el arbitraje, y en defecto de tales pactos o normas conforme a la ley arbitral aplicable, que en términos generales remite, en lo relativo a la reglamentación y dirección del procedimiento, al libre criterio del árbitro, siempre que éste respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de oportunidades procesales, sin generar ninguna situación de indefensión.

Las normas sobre el período de alegaciones son escasas, y su adaptabilidad alcanza a la forma, los plazos y a la mayor parte de su contenido. No obstante, dado el deber de congruencia del laudo arbitral, es necesario que las partes fijen en sus escritos de alegaciones los hechos y las pretensiones. Las alegaciones, carecen de preclusividad tanto la alegación en sí misma como la aportación documental o pericial, con el límite apreciable por el árbitro, de que la aportación extemporánea no puede provocar una situación de indefensión a la parte contraria.

El procedimiento arbitral tiene escasas normas de derecho probatorio dado que es un procedimiento informal y flexible. Su adaptabilidad alcanza incluso a poder prescindir de un período probatorio, si es preciso, limitando la prueba a la que en su caso se haya aportado con las alegaciones. Las partes, y por ello también los reglamentos de las instituciones arbitrales, y en su defecto los árbitros tienen una amplia libertad para regular la proposición y práctica de la prueba con el único límite de la interdicción de las situaciones de indefensión (principios de audiencia, igualdad y contradicción). Con todo, los árbitros tienen una amplia facultad para decidir sobre la admisión de las pruebas (su utilidad y pertinencia) y sobre la forma de ejecutarlas (su práctica), incluso de oficio. La valoración de la prueba es totalmente libre para los árbitros, si bien los hechos declarados probados en un juicio anterior (judicial o arbitral) vinculan igual que al juez, como *res iudicata*. En buena técnica arbitral, es aconsejable documentar su práctica (ante una eventual sustitución de árbitro) y ser flexible en cuanto a su admisibilidad (por la ausencia de recursos donde se pueda reproducir la prueba inadmitida).

Las partes (directamente o a través de los reglamentos de la institución arbitral) o en su defecto los árbitros, pueden fijar plazos para formular resúmenes de las pruebas, a modo de conclusiones, que centren el debate a la vista de lo alegado y lo probado. En función del volumen y complejidad de la prueba practicada dicho trámite puede ser aconsejable, o no.

Una de las ventajas del arbitraje es, precisamente, que el procedimiento se adapta a las necesidades de cada controversia, en función, entre otras cuestiones, de si se trata de una cuestión de mera interpretación jurídica que no requiera de mayor prueba que la documental; o, por el contrario, se trata de una cuestión exclusivamente fáctica que precise de un sucinto trámite de alegaciones; o en función de si se trata de un asunto de tal complejidad que es preferible seguir un proceso eminentemente escrito, o a la inversa si la necesaria inmediación del árbitro aconseja dotar a todo el procedimiento de la mayor oralidad posible; e incluso si en atención a la naturaleza de la controversia es preferible escindirla en dos o tres partes, para resolverlas por separado y en laudos parciales diversos, a criterio del árbitro, salvo acuerdo de las partes en sentido contrario.

Frederic Munné Catarina (Socio de Dret Privat Abogados. Profesor de Derecho procesal en Esade).

Protección diplomática

La protección diplomática es una institución jurídica que permite a los Estados, encaminar actuaciones, ante o contra otro Estado, para exigir que el Derecho internacional sea respetado en la persona de sus nacionales, sean personas físicas o personas jurídicas (compañías), asumiendo como suya la reclamación.

En este sentido, un clásico de la jurisprudencia en la materia, es la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sobre el *Asunto de las Inversiones Mavrommatis*, de 30 de agosto de 1924, que señaló que:

> Es un principio elemental de Derecho internacional el que faculta al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional que haya podido cometer otro Estado y respecto de las cuales no haya podido obtener satisfacción por medio de vías ordinarias. Al asumir la reclamación de uno de los suyos, al iniciar, en su favor la acción diplomática o la

> acción judicial, en realidad dicho Estado ejercita su propio derecho, el que tiene a que el Derecho internacional sea respetado en la persona de sus súbditos.

Asimismo, la jurisprudencia nos amplía el panorama descrito en el sentido de que, como ha asumido la Decisión de la Corte Internacional de Justicia de 24 de mayo de 2007 sobre el *Asunto Ahmadou Sadio Diallo,* mediante el mecanismo de la protección diplomática, se exige la responsabilidad de un Estado por un daño causado por este Estado a una persona natural o jurídica del Estado que reclama.

La protección diplomática puede ejercerse mediante distintas formas, que van desde actividades diplomáticas directamente ante otro Estado, hasta el recurso al arbitraje o la vía judicial (siendo en ambas la parte actora el Estado que asume la protección diplomática), excluyéndose el uso de la fuerza, dada su prohibición en el Derecho internacional.

La finalidad del ejercicio de la protección diplomática es *a) prevenir* la violación de normas internacionales relativas a extranjeros, *b) hacer cesar* la actividad de carácter ilícito y *c) obtener una reparación* o, incluso, dos o las tres de estas finalidades a la vez, dependiendo de las circunstancias.

Hoy en día existe sobre la mesa un Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, del año 2006, texto que abre el camino hacia una Convención sobre la materia. Pero, mientras tanto, la protección diplomática aparece sobre la base de los principios, la costumbre, la jurisprudencia; y es, a la vez, comentada ampliamente por la doctrina.

A lo expuesto, hemos de añadir que para ejercer la protección diplomática, uno de los requisitos para ello, es la regla de los recursos internos *(local remedies)*; es decir, que el particular afectado haya agotado las vías que el ordenamiento jurídico del Estado que le lesiona, y que todas éstas hayan sido infructuosas para su pretensión, tal como se ha venido reconociendo en jurisprudencia como la Ordenanza de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 4 de abril de 1939, sobre el *Asunto Compagnie d'electricité de Sofia et de Bulgaria*, las Sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 21 de mayo de 1959 sobre el *Asunto Intherhadel* y de 20 de julio de 1989 sobre el *Asunto Elettronica Sicula*, o la decisión arbitral sobre el *Asunto Ambiatelos.*

La conexión entre la protección diplomática y el arbitraje no sólo radica en la posibilidad de que un Estado entable reclamaciones contra otro Estado ante una instancia arbitral (si se dan los presupuestos), y que le exija responsabilidad internacional por esta vía, sino también en la *exclusión* de la protección diplomática cuando el particular lesionado puede por sí mismo entablar acciones directas contra un Estado extranjero, ante una instancia arbitral. Esto se da con total claridad en el marco del arbitraje de inversiones en el sistema Ciadi.

En efecto, el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), establece que:

> Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

No obstante, tenemos que precisar que si bien el art. 27.1 del Convenio de Washington descarta la protección diplomática, este precepto no prohíbe desplegar algunos esfuerzos diplomáticos a los Estados, tal como se refleja en la Decisión sobre Competencia de Tribunal Arbitral, de 27 de septiembre de 2001, recaída en el marco del *Asunto Autopista Concesionada,* donde se precisa que:

> […] el artículo 27 del Convenio Ciadi hace una clara distinción entre la protección diplomática y las gestiones tendentes al arreglo de diferencias. El Convenio Ciadi proporciona un foro para resolver las diferencias, pero no pretende obligar a las partes a recurrir al arbitraje cuando existe la posibilidad de llegar a una solución amistosa. En consecuencia, las diligencias realizadas con el fin de resolver una diferencia no constituyen medidas prohibitivas de protección diplomática conforme al artículo 27. (Caso n.º ARB/005 del Ciadi. Párrafo 138).

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Collantes González, Jorge Luis. «La protección diplomática: ¿el retorno a lo interestatal cuando otros mecanismos han fallado?». En Collantes González, Jorge Luis (dir.). *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales.* «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, 2009. Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho internacional público.* Madrid: Tecnos, 2001. Díez de Velasco, M «La protection diplomatique des societés et des actionnaires». En *Recueil of Courses of The Hague Academy of International Law*, 1974, tomo 141. Dinstein. «Diplomatic Protection of Companies under International Law». En Wellens (ed.). *International Law: Theory and Practice (Essays in Honour of Eric Suy)*. La Haya/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. Torroja Mateu, Helena. *El derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

Vocablos conexos: Arbitraje interestatal. Arbitraje de inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi). Principios de Derecho internacional.

Protocolización del laudo arbitral

1. Concepto

La protocolización del laudo arbitral es el acto notarial en virtud del cual el laudo se incorpora al protocolo del Notario con la finalidad esencial de conservar la resolución arbitral y dejar constancia de su realidad y contenido. La protocolización se realiza mediante acta notarial, documento público redactado y autorizado por el Notario que, en cuanto tal, hace prueba, aun contra terceros, del laudo arbitral y de su fecha.

La protocolización se produce mediante la comparecencia y solicitud de los sujetos legitimados, generalmente, el árbitro o alguna de las partes del arbitraje o sus representantes, y la entrega por éstos del original o copia testimoniada del laudo arbitral. Aceptada la solicitud y examinado el documento por el Notario, éste declara el laudo unido al expediente del protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos. El laudo protocolizado se recoge, pues, en un documento público, convirtiéndolo en un instrumento formal de carácter público y fuerza *erga omnes*.

2. Regulación

Con carácter general, la protocolización del laudo arbitral es un requisito que, en la actualidad, no se contempla en la mayoría de las legislaciones arbitrales nacionales. Así, por ejemplo, las legislaciones arbitrales de Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación, de 4 de septiembre de 1997); México (Código de Comercio, Título iv); Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998) y Perú (Decreto Legislativo n.º 1071, de Arbitraje).

Conforme a la legislación arbitral española vigente, la protocolización del laudo arbitral es una mera facultad de las partes, quienes solicitarán dicha actuación notarial si lo estiman conveniente a sus intereses. En consecuencia, el laudo es válido y eficaz una vez cumplidos los requisitos de emisión establecidos en la Ley de Arbitraje, sin que ni siquiera su eficacia ejecutiva quede sujeta a tal exigencia solemne. La Ley de Arbitraje de 2003 suprime así el régimen de protocolización preceptivo del laudo establecido en la normativa precedente.

En esta dirección, la ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitrajes de Derecho Privado, exigía que los árbitros dictaran su laudo «ante Notario», configurándose la escritura notarial como un requisito de forma constitutivo del laudo arbitral como acto jurídico (SSTS de 1 de junio de 1976, de 6 de diciembre de 1984 y 28 de marzo de 1994). Con posterioridad, la Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, si bien mantuvo la exigencia de protocolización del laudo arbitral, omitió la obligación de que su emisión se realizase en presencia del Notario; la protocolización dejó de ser un requisito de validez de la resolución arbitral para constituir una exigencia de su plena eficacia ejecutiva.

Si bien, como decimos, la protocolización ha dejado de exigirse como presupuesto de validez y eficacia del laudo arbitral, algunos ordenamientos prevén; sin embargo, otro tipo de requisitos formales para que el laudo adquiera eficacia obligatoria y ejecutiva. Por ejemplo, el depósito de la resolución arbitral ante el órgano judicial. Así, Italia, que dispone el depósito del laudo en el registro del tribunal del lugar del arbitraje para que pueda ser forzosamente ejecutado (art. 825 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40); o Francia, que exige el depósito de la resolución arbitral por el árbitro o las partes en la secretaría del tribunal para que sea susceptible de ejecución forzosa en virtud de una resolución de exequátur dictada por el *Tribunal de Grande Instance* del lugar en que el laudo haya sido emitido (art. 1477 del Código de Proceso Civil).

3. El requisito de protocolización en el arbitraje comercial internacional

La protocolización notarial del laudo arbitral ha sido tradicionalmente criticada por considerarse una exigencia de Derecho nacional que alarga y encarece el arbitraje, en contra de sus características esenciales. La protocolización, además, limita la confidencialidad del arbitraje, pues, como se ha dicho, el laudo protocolizado se recoge en un documento público. Por ello, este presupuesto formal se muestra aún más inadecuado en el ámbito del arbitraje comercial internacional, que demanda una mayor agilidad y eficacia en los métodos de solución de sus conflictos. De hecho, en vigencia de la Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, la doctrina había entendido que únicamente podría exigirse la protocolización de un laudo arbitral dictado en España en materia de arbitraje internacional, si las partes, de manera expresa, lo habían estipulado o habían acordado que el procedimiento se rigiera por el Derecho español.

No obstante, si no se cumpliera la protocolización del laudo arbitral o cualesquiera otros requisitos formales que una regulación arbitral nacional pueda exigir para la efectividad del laudo, la ejecución del laudo en otro país podría verse obstaculizada por la aplicación del art. v (e) de la Convención de Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que prevé, como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero, que el mismo no sea aún obligatorio para las partes.

(Autora: Dra. M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GUASP, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956. GIMÉNEZ-ARNAU, E. *Derecho notarial*. Pamplona: Eunsa, 1976. ÁVILA ÁLVAREZ, P. *Estudios de Derecho notarial*. Madrid: Montecorvo, 1982. RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Comentario al artículo 33». *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). Madrid: Tecnos, 1991. MANTILLA SERRANO, F. «Arbitraje internacional y protocolización del laudo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1994». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1994, vol. x. MERINO MERCHÁN, J.F. «Confidencialidad y arbitraje». *Revista del Club Español del Arbitraje*. Madrid: Wölters Kluwer España 2008, vol. 2008, issue 2, p. 91.

VOCABLOS CONEXOS: Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Laudo. Exequátur.

PROVISIÓN DE FONDOS

En los casos de arbitraje institucional, tres suelen ser los costes principales del arbitraje: (i) los derechos de admisión, por la admisión de una solicitud de arbitraje; (ii) los costes administrativos destinados a remunerar los servicios prestados y gastos incurridos por la institución arbitral en la administración del arbitraje; y (iii) los honorarios de los árbitros. En los arbitrajes *ad hoc* no interviene una institución arbitral, por lo que los costes administrativos no suelen existir, si bien es cada vez más común que los árbitros nombren a un secretario para realizar las funciones de administración del arbitraje y que se remuneren sus servicios.

Existen, a su vez, dos modalidades de tarificación de los costes anteriores: por horas o en función de la cuantía. En el primer caso, se establece un coste horario, y tanto la institución como los propios árbitros cobran sus partidas multiplicando el número de horas incurridas por la tarifa en cuestión. En el segundo caso, se suelen establecer distintos tramos cuantitativos aplicándose a cada uno de ellos porcentajes regresivos; es decir, más bajos, cuanto mayor sea la cuantía del tramo.

Éste es el método utilizado por la gran mayoría de cortes de arbitraje. Muchas de estas instituciones arbitrales, como la Corte de Arbitraje de Madrid o la CCI, cuentan con un calculador de aranceles online disponible para las partes a tal efecto. Ello permite a las partes anticipar los costes y contribuye a colocar a éstas en un escenario de seguridad jurídica y predictibilidad.

Es práctica comúnmente aceptada (y amparada por el art. 21 de la Ley de Arbitraje española) que al inicio del arbitraje las cortes de arbitraje (o los propios árbitros, en caso de los arbitrajes *ad hoc*) soliciten 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. Esta provisión suele repartirse al 50% entre las partes, sin perjuicio de lo que, en su día, se decida mediante laudo con respecto a las costas del arbitraje. En caso de que una de las partes no abone su parte de la provisión de fondos, lo habitual es que las cortes o los árbitros soliciten a la otra parte que suplan dicha omisión, sin perjuicio de que en ese caso se reconozca un derecho de crédito en su favor, a dilucidar en el laudo. La falta de pago de la provisión de fondos por las

partes, suele acarrear que las instituciones arbitrales o los árbitros den por concluidas las actuaciones arbitrales, procediendo a su archivo.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortázar. Madrid).

Vocablos conexos: Arbitraje institucional. Corte de arbitraje.

Prueba

1. La prueba en el procedimiento arbitral

En principio, la falta de *iurisdictio* de los árbitros, impide que tengan posibilidad de obligar a las partes a aportar al procedimiento arbitral ninguna prueba, ni tampoco están obligados a instruir el procedimiento, de conformidad con las normas que estén establecidas en un concreto ordenamiento, sino que pueden emplear las pruebas que las partes les presenten. En este sentido, las partes pueden incluir en sus contratos una cláusula que indique que adoptan una concreta regulación relativa a la prueba, como es el caso de las «Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional», adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA (*International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*), más conocidas como «*IBA Rules*».

Ahora bien, las propias partes pueden solicitar la intervención de una autoridad judicial, a pesar de que el supuesto haya sido sometido a arbitraje (a través de una cláusula recogida en el contrato), de forma que, incluso, algunos reglamentos de arbitraje prevén esta opción; esto es, que puedan solicitarse, antes del inicio del procedimiento arbitral o, incluso, durante su sustanciación, la realización y obtención de pruebas por las autoridades judiciales.

2. Cooperación entre autoridades judiciales y arbitrales en el ámbito de la prueba

Es posible que la autoridad judicial ordene la realización de pruebas, a pesar de que el contrato recoja una cláusula arbitral. La jurisprudencia francesa ha aceptado la posibilidad de acudir al *juge des référés*, a pesar de que se haya previsto por las partes un convenio de arbitraje, para que se constituyan medidas de instrucción (sentencia de la *Cour de Cassation*, de 11 de octubre de 1995); esto es, medidas de protección tanto antes del inicio del procedimiento arbitral como durante su curso, y que tales medidas pueden ser tanto de conservación de la prueba como medidas de instrucción. Y, en este sentido, las que están siendo más utilizadas son las que regulan el art. 145 del *Nouveau Code de Procedure Civile* (NCPC), que se denominan *mesures d'instruction in futurum*, y que permiten la obtención de una prueba, incluso antes del inicio de un procedimiento (arbitral).

En principio, estas medidas se han justificado para evitar el riesgo de desaparición de los elementos de prueba, pero también despliegan una función preparatoria del procedimiento principal. Se encuentran reguladas en el NCPC, concretamente, en el art. 145 (introducida en el NCPC mediante Decreto n.º 73/1122 de 17 de diciembre de 1973), que dispone que: «*s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrais dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnés à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé*». Se adoptan a través del procedimiento (denominado) «*référé probatoire*»; esto es, la autoridad judicial que las declara (en su caso) no es (aun) competente para conocer del fondo del asunto. Ahora bien, para que puedan adoptarse las citadas medidas, es preciso que exista un motivo legítimo y, en todo caso, la demanda ha de ser presentada antes del inicio del procedimiento arbitral.

En cuanto al tipo de medidas de prueba que podrían practicarse, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que, incluso, se nombre o designe un experto, dado que la actuación de la autoridad judicial, no se limita a realizar constataciones, sino que también puede ordenar todas las medidas de prueba admisibles legalmente. La finalidad de la opinión del experto es aportar claridad con respecto a los hechos sobre los que tiene que pronunciarse el tribunal arbitral; pero, en todo caso, el tribunal arbitral puede designar otro experto o bien hacer caso omiso de la información que le proporciona el experto nombrado por el juez.

Sin embargo, es preciso llamar también la atención acerca de la posibilidad de excluir la asistencia de la autoridad judicial, a través de una cláusula que se incluya en el contrato. Esto es, las partes pueden excluir, a través de convenio, la utilización del *juge des référés*, para que actúe en el caso de que el contrato haya sido

sometido a arbitraje y pueden también prever por vía contractual, la conservación de las pruebas hasta que el caso haya sido resuelto a través del arbitraje.

(Autora: Gloria Esteban de la Rosa. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HAUTECLOCQUE. «French Judicial Expertise Procedure and International Arbitration». *4th Journal of International Arbitration*, 1987, n.º 77. HORY. «Mesures d'instruction in futurum et arbitrage». *Revue de l'arbitrage*, 1996, vol. 2, pp. 191 y ss. PATOCCHI/MEAKIN. «Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. The interaction of Civil and Common Law Procedures». *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1996, n.º 7, pp. 884 y ss. PERROT. «L'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve)». *Revue de l'arbitrage*, 1974-1975, pp. 159 y ss. VON MEHREN/SALOMON. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 2003, pp. 295 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión. *American Arbitration Association*. Arbitraje internacional. Arbitraje. Audiencias *(hearings).* Cámara de Comercio Internacional de París. Control judicial del arbitraje. Convenio Arbitral. Conflicto de leyes. Cláusula arbitral. Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Sesiones de prueba.

Q

QUIEBRA (EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL) (VER «ARBITRAJE CONCURSAL INTERNO»; «ARBITRAJE CONCURSAL INTERNACIONAL»; «REGLAMENTO DEL CONSEJO N.º 1346/2000»)

R

RABÍNICO (VER «ARBITRAJE FINANCIERO RABÍNICO»)

REBELDÍA

Se puede definir como situación provisional de ausencia jurídica del demandado en el procedimiento arbitral, subsanable mediante su personación en forma, aunque sin retrotraer las actuaciones, que no supone allanamiento ni conformidad con los hechos de la demanda, ni por ello, la condena del demandado, al no existir la carga de personarse en el procedimiento sino, simplemente, una pérdida de posibilidades procesales, sin reflejo en las cargas y posibilidades del demandante, que mantiene la carga de la prueba matizada con los principios complementarios de normalidad, facilidad probatoria y flexibilidad en la interpretación de las normas de la prueba.

En cuanto a los tipos, podemos encontrar:

(i) La rebeldía por convicción, quien no comparece por estimar incompetente al tribunal.

(ii) La rebeldía a la fuerza –por falta de citación–; y

(iii) La rebeldía por conveniencia, propia de quien, no obstante haber sido citado y emplazado en forma y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el tribunal arbitral que le convoca.

En materia de arbitraje, la rebeldía tiene su expresión en el art. 31 de la Ley de Arbitraje española (LA), que viene a reproducir el esquema contenido en su homólogo 29 de la Ley Modelo Uncitral.

Así, si el demandado no se opone a la demanda arbitral, los árbitros continuarán el procedimiento y podrán dictar el correspondiente laudo, pero sin que la falta de comparecencia suponga allanamiento, de forma que en cualquier momento del procedimiento, el demandado pueda personarse, toda vez que el tribunal arbitral deberá notificar al rebelde todas las resoluciones que se dicten en el procedimiento, en especial las que se refieran a la práctica de la prueba y conclusiones.

La rebeldía del demandado no exonera a los árbitros de notificar el laudo que se dicte, de forma que el rebelde podrá ejercitar la acción de anulación frente al mismo, para el caso de que entienda que concurren algunos de los supuestos tasados en el art. 41 LA.

Cuestión interesante sería la derivada de la ejecución del laudo, de forma que se puede denegar de oficio la ejecución del mismo, siempre y cuando el juez aprecie que concurre, bien un supuesto de desconocimiento del procedimiento arbitral, bien un caso de incomparecencia por causas de fuerza mayor, y ello a través de una interpretación integradora del art. 41.2 LC y de los arts. 552.1 y 559 de la LEC.

Instituto diferente a la rebeldía es el que contiene igualmente el art. 31 LA, que prevé una situación de incomparecencia de la parte actora para el caso de que no interponga la demanda en el plazo concedido por los árbitros o en el pactado por las partes, de forma que el tribunal arbitral no podrá decretar la finalización del procedimiento ante esta omisión, sino que necesariamente deberá dar traslado al demandado a los efectos de que pueda ejercitar cualquier tipo de acción.

(Autor: Vicente Roldán Martínez. Socio-Abogado Sigma Abogados).

Referencias bibliográficas: Cucarella Galiana, L.A. En *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004. Cubillo López, I. «Comentario al artículo 31». En Hinojosa Segovia, R. (coord.). «Comentarios a la nueva ley de arbitraje». En Grupo Difusión, 2004.

Vocablos conexos: Ley aplicable al arbitraje. Procedimiento arbitral. Rebeldía por conveniencia.

Rebeldía por conveniencia

La «rebeldía por conveniencia» es una construcción jurisprudencial que se ha formado ante la posibilidad de que determinadas resoluciones arbitrales queden ineficaces al intentar ejecutarlas en una jurisdicción diferente a aquélla en que ha sido dictado el laudo.

De esta manera, ante la existencia de un procedimiento arbitral, normalmente internacional, en ciertas ocasiones puede ocurrir que una de las partes no desee verse inmersa en el proceso arbitral, temerosa de resultar condenada en el mismo. Para ello, dicha parte procesal, a pesar de haberse sometido en su momento a arbitraje, y de la existencia de un convenio arbitral válido, podría provocar su situación de rebeldía para intentar privar de eficacia al laudo que sea dictado, pues siempre sería un laudo dictado en un proceso arbitral en el que la parte que intenta provocar dicho defecto, no ha intervenido, ni se ha defendido, ni ha propuesto prueba o efectuado alegaciones; manteniéndose al margen de toda actividad procesal.

Una vez provocada dicha situación de *indefensión*, la parte se opondría a la ejecución del laudo que fuera dictado en dichas circunstancias, alegando que el mismo se ha dictado encontrándose tal parte en situación de rebeldía (es decir, en situación de ausencia procesal); y que, por tanto, conculcaría el orden público.

Para evitar tales artimañas, se acude a la construcción jurisprudencial de la «*rebeldía por conveniencia*». Con arreglo a dicha doctrina, se entiende que no existe indefensión de ninguna de las partes, si las mismas han tenido oportunidad de intervenir en el proceso arbitral, no haciéndolo a propósito, por lo que llegado el momento, el laudo dictado en tales condiciones, puede ser ejecutado sin vulnerar el orden público del Estado donde debe ejecutarse. El mismo concepto puede perfectamente aplicarse a los arbitrajes de ámbito doméstico.

Se trata de un concepto íntimamente relacionado con los principios de audiencia y contradicción, que deben presidir el proceso arbitral y que aparecen consagrados en el art. 24 de la Ley española n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, y en el art. 18 de la Ley Modelo Uncitral.

El art. v del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, en su apartado 1.b), recoge, como motivo por el que un tribunal de exequátur puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, el hecho de que «la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa». En este sentido, véase el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (art. 954: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: […] 2) Que no haya sido dictada en rebeldía»).

Mediante una utilización torticera y abusiva de los principios esenciales mencionados (igualdad, defensa y contradicción), así como de las garantías que protegen frente a la ejecución de un laudo extranjero proveniente de un arbitraje en que no hayan sido respetados tales principios, una de las partes en un arbitraje podría, mediante su actitud pasiva o renuente en las comunicaciones y notificaciones remitidas por el órgano arbitral, provocar una situación de rebeldía o ausencia en el proceso arbitral. Ello, en estricta aplicación de tales principios y garantías, supondría la imposibilidad material de reconocer y ejecutar el laudo dictado.

De esta manera, acudiendo a dicho recurso, una persona que se ha sometido válidamente a arbitraje, podría impedir la eficacia del resultado del mismo, con tan sólo evitar recoger comunicaciones y notificaciones del órgano arbitral, para que cuando se intentase su ejecución, alegar que se le ha provocado indefensión.

Para remediar semejante abuso de derecho, los tribunales han configurado la doctrina de la «rebeldía por conveniencia», en virtud de la cual, los tribunales de justicia reconocen la validez y la eficacia de los laudos dictados en procesos arbitrales en los que las partes han sido emplazadas y notificadas en forma y, a pesar de ello, no acuden a la llamada del árbitro. Así, desde el famoso Auto del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 1981 (seguido por otros muchos posteriores, *v. gr.* 19 de noviembre de 1996, 27 de mayo de 1997, 27 de octubre de 1998, 1 de febrero de 2000, etc.), no cabe la indefensión provocada por la parte para evitar sustraerse al proceso arbitral convenido.

La doctrina se encuentra en la actualidad perfectamente asentada, vedando la indefensión, no sólo en el supuesto estricto de rechazo de comunicaciones, sino en una pluralidad de casos donde no existe una indefensión real y efectiva, sino que únicamente se da la desidia o desinterés de la parte en seguir el proceso pactado, para evitar la eficacia final del laudo. A título de ejemplo, podemos citar algún caso resuelto por los tribunales, como cuando se alega indefensión por el idioma sin que se haya ni siquiera puesto en conocimiento del tribunal, y solicitado la traducción de las comunicaciones (auto del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2000); o cuando la sociedad a la que se notifica el inicio de actuaciones, no es la misma que ha sido demandada, pero es una «sociedad gemela» distinta sólo en apariencia, con lo que se entiende recibida la notificación (auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998).

En conclusión, hasta hace pocas décadas, la postura de los tribunales españoles era contraria a reconocer la validez y eficacia de laudos extranjeros dictados sin la presencia de una de las partes, de modo tal que la abstención del proceso arbitral, voluntaria y conscientemente provocada por una de las partes, equivalía en la práctica a dejar sin efecto el convenio arbitral, cuando el laudo debía ejecutarse en España. El remedio a dicha conducta que podría llegar a desvirtuar el arbitraje, es la mencionada doctrina.

(Autor: Jorge Mas Taladriz. Head Commercial Litigation, DAC Beachcroft Abogados. Madrid).

Referencias bibliográficas: Lorca Navarrete. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003, de 23 de diciembre* de 2003. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. Motilla. *La intervención judicial en el arbitraje*. Madrid: Thomson Civitas 2007. González Soria (coord.). «Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003. Navarra: Thomson Aranzadi 2004. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Thomson-Civitas, 2008. Verger Grau. «La rebeldía en el arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa,* febrero 2001.

Vocablos conexos: Laudo. Notificaciones. Ejecución del laudo. Exequátur. Orden público. Ley más favorable en la ejecución de laudo. Inejecutabilidad del laudo. Convenio de Nueva York de 1958.

Rebus sic stantibus (Cláusula o principio de)

Con el aforismo latino *rebus sic stantibus* se hace referencia a un remedio jurídico por medio del cual se permite la revisión o, incluso, extinción de la relación obligatoria cuando se produce un cambio extraordinario

de las circunstancias atinentes al contrato, provocando la desaparición o ruptura de la equivalencia de las prestaciones. Se configura como una excepción a la regla general que se consagra en el aforismo *pacta sunt servanda*, que aboga por la protección y mantenimiento de los contratos mediante el respeto o vinculación a lo firmado por las partes.

Por mor del mismo, se entiende que en todos los contratos que tienen tracto sucesivo o que dependen de un hecho futuro, existe una voluntad implícita de las partes que subordina la continuación de la vinculación contractual al mantenimiento del *statu quo.* Que existe una cláusula implícita con arreglo a la cual el contrato obliga, mientras las cosas continúen así (*rebus sic stantibus*).

Con carácter general, en todos aquellos tiempos en que la coyuntura económica es cambiante o escasamente estable, uno de los problemas que más ha preocupado a la doctrina, consiste en determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato o de una relación obligatoria, una modificación sobrevenida de aquellas circunstancias que las partes habían considerado, expresa o implícitamente, como necesarias para el desarrollo del mismo y la consecución del fin perseguido. Parece claro que, al menos en ciertos casos, una incondicionada fidelidad al contrato puede conducir a unas consecuencias que claramente aparecen como injustas.

Por esta razón, la doctrina ha tratado de resolver la cuestión intentando una serie de construcciones teóricas. Este fenómeno ha sido reconocido por varios sistemas legales bajo la forma de otros conceptos como *frustation of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, imprevisión, *eccessiva onerosit*à *sopravvenuta*, etc. Y en el ámbito del comercio internacional con el término *hardship*, ampliamente reconocido, como lo evidencia la cada vez más frecuente inclusión en los contratos internacionales de las llamadas cláusulas *hardship*. En definitiva, son muchos los ejemplos de las teorías que en los distintos ordenamientos jurídicos, bajo distintos nombres, se han ocupado del mismo problema: la necesidad de revisión de los contratos cuando se produce un cambio extraordinario de las circunstancias.

Esta doctrina, que desempeñó un papel importante hasta finales del siglo xviii, cayó; sin embargo, en descrédito sin que fuera recogida en los códigos del siglo xix. A finales del siglo xix, la teoría vuelve a renacer con fuerza, y hoy en día existen varios ordenamientos jurídicos en los que la cuestión del cambio de circunstancias ha sido objeto de legislación expresa, tales como el italiano, ruso, griego, suizo, polaco, húngaro, alemán, brasileño o argentino. Mientras que en la mayoría, como ocurre en España, por ejemplo, la configuración de la doctrina del cambio de circunstancias a través de la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo jurisprudencial.

Junto a las configuraciones internas que cada país hace de la cuestión, merece especial atención, por el alcance de su aplicación, la regulación que de la cuestión se contiene en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit (Roma 2004) y en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. En ambos casos, se reconoce que el principio de cumplimiento de los contratos, no es absoluto.

Dispone el art. 6.2.1 de los principios Unidroit que «cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones, salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (*hardship*)».

Y el art. 6.111 de los Principios europeos del Derecho de los contratos dispone que «las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner final al mismo si el cumplimiento de los contratos resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias».

Por lo que al fundamento o justificación de la citada teoría se refiere, debe señalarse que son dos las cuestiones que subyacen en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (en sus distintas acepciones); por un lado, la buena fe y la equidad; y, por otro, la causa de los contratos y la equivalencia de prestaciones que debe existir en el mismo.

La *rebus sic stantibus* impone una aplicación equitativa del Derecho. Se entiende que existe un deber de comportamiento de buena fe en la vida jurídica; y, en particular, en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias que debe configurarse como criterio de interpretación y norma supletoria para la resolución de conflictos que puedan surgir en el devenir de dichas relaciones obligatorias.

Y junto al principio general de la buena fe, y en íntima y necesaria conexión con el mismo, subyace a la doctrina de la *rebus sic stantibus* (en sus distintas acepciones), el convencimiento de que la desaparición del equilibrio de las prestaciones que debe tener toda relación contractual, impide exigir a los contratantes

el cumplimiento de las obligaciones asumidas o, al menos, hacerlo en los términos en que las mismas fueron inicialmente pactadas.

Pero, ni todo contrato es susceptible de ser modificado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ni toda alteración sobrevenida de las circunstancias, justifica la modificación de un contrato. Del análisis de las regulaciones internas, tanto de los códigos allí donde los hay, como de la jurisprudencia allí donde la formulación de la teoría es jurisprudencial puede establecerse que, con carácter general, la aplicación de la citada teoría exige la verificación de ciertos requisitos: (i) que se trate de una relación de tracto sucesivo; (ii) que la relación se encuentre pendiente de ejecución en todo o en parte; (iii) que se produzca una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el momento de su celebración; (iv) que la misma provoque la ruptura del equilibrio de las prestaciones; y (v) que tales circunstancias sean radicalmente imprevisibles.

Por su parte, los Principios europeos del Derecho de los contratos se ocupan de regular los requisitos que permiten entender que nos encontramos ante un caso de «excesiva onerosidad» o *hardship*, que habilita la modificación o resolución de un contrato. Al respecto, establecen que (i) debemos estar ante un cambio de circunstancias que haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión de los contratos; (ii) que, en términos razonables, las mismas no hubieran podido preverse ni se hubiera podido tener en cuenta el cambio en el momento de contratar; y (iii) que a la parte afectada no se le pueda exigir que cargue con el riesgo del cambio de circunstancias.

Y, por su parte, el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit, establece que los eventos o circunstancias que provocan la pérdida de equilibrio de las prestaciones (i) suceden o son conocidos por las partes en desventaja después de la celebración de los contratos; (ii) no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; y (iii) el riesgo no fue asumido por la parte en desventaja.

Finalmente, en relación con los efectos que la cláusula *rebus sic stantibus* debe producir en las relaciones obligatorias, debe señalarse que como excepción al principio *pacta sunt servanda* que es, los tribunales (arbitrales y judiciales), cautelosos a la hora de estimar tal excepción, también son prudentes a la hora de fijar los efectos de la misma, optando por la preservación de los contratos, allí donde sea posible. Se aprecia, pues, una tendencia a conceder a la *rebus* efectos modificativos sin excluir los resolutorios.

Sin embargo, la adaptación de los contratos a las nuevas circunstancias, no siempre es posible, debiendo optarse en tales supuestos por la resolución de los contratos. En definitiva, es un análisis que, indefectiblemente, debe hacerse caso por caso.

Interesa destacar que, tanto los Principios Unidroit como los Principios europeos de Derecho de los contratos, imponen a los contratantes un deber de negociar de buena fe para tratar de adaptar los contratos a las nuevas circunstancias, quedando facultados para solicitar al juez o al árbitro la resolución de los contratos cuando dicha negociación quede frustrada.

(Autora: Margarita Soto Moya. Abogada.
J&A Garrigues S.L.P. Madrid).

Referencias bibliográficas: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. Amunátegui Rodríguez, Cristina. *La cláusula rebus sic stantibus*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2003. Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2008, Chapter 5. Maskow, D. «Hardship and Force Majeure». *40th Am. J. Comp. L.*, 1992. Doudko, A. «Hardship in Contract: the Approach of the Unidroit Principles and Legal Developments in Russia». *Revue de Droit Uniforme*, 2003-2004.

Vocablos conexos: *Pacta sunt servanda*. Cláusula de fuerza mayor. Cláusula *hardship*. Buena fe. Derecho aplicable al fondo. Principios Unidroit sobre los Contratos Internacionales. Unidroit.

Reclamaciones de naturaleza contractual (ver «Contract Claims vs. Treaty Claims»)

Reconocimiento de laudo extranjero (ver «Exequátur»)

Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi

En la mayoría de los casos –y con alguna notable excepción– las partes acatan y cumplen con los laudos Ciadi de manera voluntaria, bien en su totalidad, bien parcialmente como resultado de un acuerdo entre las partes una vez recibido el laudo. Ello se explica quizás por el hecho de que los Estados contratantes, presumiblemente quieren seguir atrayendo a inversionistas, y saben que el incumplimiento de los laudos Ciadi iría contra este objetivo. El cumplimiento voluntario es, además, su obligación bajo el Convenio Ciadi: el art. 53 del Convenio dispone que «el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio». Como los comités *ad hoc* en *Continental Casualty c/ Argentina, Enron c/ Argentina, Vivendi c/ Argentina* y *Sempra c/ Argentina*, han señalado, un Estado contratante viola este art. 53 del Convenio, si exige a las demandantes que han obtenido un laudo favorable que, a efectos de lograr su pago, promuevan procedimientos de ejecución del laudo conforme a las disposiciones de su Derecho interno que dan efectividad a las normas del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de laudos.

En ciertos casos; sin embargo, el cumplimiento voluntario no se produce y es, entonces, necesario activar el mecanismo de reconocimiento (para obtener el carácter o la fuerza de «cosa juzgada» del laudo arbitral) y de ejecución (para conseguir el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el laudo arbitral a través de mecanismos de ejecución forzosa) del laudo Ciadi.

En estos casos, el Convenio Ciadi ofrece un régimen de reconocimiento y ejecución particularmente eficaz, cuya piedra angular reposa sobre el art. 54. A tenor del mismo, «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». A estos efectos, la parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo, deberá presentar ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad, designados por los Estados contratantes a este efecto, una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General. El reconocimiento y ejecución de un laudo Ciadi puede pedirse no solamente en el Estado receptor de la inversión, sino en el resto de Estados contratantes.

En virtud del art. 54 del Convenio, los laudos Ciadi no están, por tanto, sujetos a los procedimientos de exequátur previstos en la legislación interna de los Estados, sino que constituyen un título válido equiparable a una sentencia firme del Estado en cuestión. En consecuencia, los laudos Ciadi no son revisables ni impugnables sobre la base de la legislación local, ni siquiera sobre la base del Convenio de Nueva York. Por el contrario, todo lo que las cortes y tribunales locales pueden hacer es, una vez comprobada su autenticidad, reconocerlo –sin excepciones– y ejecutarlo ante los órganos administrativos respectivos fijados por el Estado –con las excepciones y limitaciones que detallamos a continuación–.

Primero, si bien el Convenio Ciadi prevé que todos los laudos Ciadi deban ser reconocidos por los Estados contratantes, lo mismo no es cierto en lo relativo a la ejecución de los mismos. En efecto, en lo que concierne a la ejecución de los laudos, el Convenio sólo se pronuncia acerca de la ejecución de obligaciones pecuniarias impuestas por los laudos, que deben ser ejecutadas como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El silencio de la Convención sobre la ejecución de obligaciones no pecuniarias contenidas en los laudos, ha sido interpretado como una remisión al Derecho nacional de cada Estado contratante, o a otros instrumentos internacionales. En cualquier caso, y para evitar que puedan plantearse problemas a la hora de ejecutar un laudo que contenga obligaciones no pecuniarias, se recomienda a los inversores que siempre formulen sus *petitum*, ya sea de forma principal o en lo alternativo, en referencia a obligaciones pecuniarias.

Segundo, la ejecución de los laudos Ciadi está sujeta a las restricciones que pudieran existir en materia de ejecución forzosa de sentencias judiciales contra el Estado; y, en particular, a las que conciernen la inmunidad de ejecución. A tenor del art. 54(3), «el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda». El art. 55 insiste en esta misma idea: «Nada de lo dispuesto en el art. 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero».

Las leyes en materia de inmunidad de ejecución difieren mucho de un Estado al otro. Algunos Estados otorgan inmunidad casi absoluta a los bienes soberanos, mientras que otros permiten la ejecución contra aquellos bienes del Estado que son utilizados para fines comerciales, o contra aquellos bienes del Estado relacionados con la obligación que va a ejecutarse. Hasta la fecha, inversores con laudos favorables solamente han comenzado procedimientos de ejecución en cuatro ocasiones, *Benvenuti c/ Congo, Soabi c/ Senegal, Letco c/ Liberia* y *AIG c/ Kazajistán*, con resultados diversos, pero con procesos invariablemente complejos.

Finalmente, en aquellos casos en que los Estados contratantes no reconozcan y ejecuten el laudo en violación de sus obligaciones bajo el Convenio, las opciones del inversor que haya obtenido un laudo favorable, son limitadas. El inversor no puede demandar al Estado en cuestión, en su propio nombre, sino que tiene que recurrir a los mecanismos previstos en los arts. 27 y 64 del Convenio: activar la protección diplomática o acudir a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

(Autor: Carmen Martínez López. Socia de Covington & Burling LLP, Londres).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1096-1185. REED, L., J. PAULSSON, y otros. «Recognition, Enforcement and Execution of Icsid Awards». *Guide to Icsid Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 179-190. VERHOOSEL, G. «Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To Icsid or not to Icsid». *Icsid Review*, FILJ 23, 2008, p. 119. ALEXANDROV, S. «Enforcement of Icsid Awards: Articles 53 and 54 of the Icsid Convention». *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of C. Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 322-37. BALDWIN, E., M. KANTOR y M. NOLAN. «Limits to Enforcement of Icsid Awards». *23rd Journal of International Arbitration*, 2006, n.° 1, p. 1. PARRA, A. «The Enforcement of Icsid Arbitral Awards». *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. Jurisnet LLC, 2009, p. 131.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Continental Casualty Company c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/9. Decisión de 23 de octubre de 2009. *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.* Caso Ciadi n.° ARB/01/3. Decisiones de 7 de octubre de 2008 y 20 de mayo de 2009. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/97/3. Decisión de 4 de noviembre de 2008. *Sempra Energy International c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/02/16. Decisión de 5 de marzo de 2009. S.A.R.L. *Benvenuti and Bonfant Srl. c/ República Democrática del Congo*. Caso Ciadi n.° ARB/77/2. Decisión del Tribunal de Gran Instancia. París, 13 de enero de 1981. *Icsid Reports* 1(1993): 368. Decisión de la Corte de Apelaciones. París, 26 de junio de 1981. *Icsid Reports* 1 (1993): 368. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c/ Senegal*. Caso Ciadi n.° ARB/82/1. Decisión de la Corte de Apelaciones. París, 5 de diciembre de 1989, *Icsid Reports* 2 (1994): 337. Decisión de la Corte de Casación, 11 de junio de 1991. *Icsid Reports* 2 (1994): 341. *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c/ República de Liberia*. Caso Ciadi n.° ARB/83/2. Decisión sobre Rectificación de 14 de mayo de 1986. *Icsid Reports* 2 (1994): 380. Decisiones de la United States District Court, Southern District of New York de 5 de septiembre de 1986 y de 12 de diciembre de 1986. *Icsid Reports 2* (1994): 384. Decisión de la *United States District Court, District of Columbia* de 16 de abril de 1987, *Icsid Reports 2* (1994): 390, 659 F. Supp. 606 (D.D.C. 1987). *AIG Capital Partners, Inc. y CJSC Tema Real Estate Company c/ República de Kazajistán.* Caso Ciadi n.° ARB/01/6. Decisión de la *High Court, Queens Bench Division* (*Commercial Court*) (20 de octubre de 2005). *Icsid Reports* 11 (2007).

VOCABLOS CONEXOS: Reconocimiento de laudo extranjero. Ejecución de laudo. Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras).

RECONVENCIÓN

1. Noción

La *reconvención* (también denominada «demanda reconvencional», «contrademanda», «contraacción», «contrapetición», «demanda revertida», «demanda de retorno», o, por último, «mutua petición») encuentra su raíz etimológica en la yuxtaposición de los términos *conventio* (demanda) y *rei* (genitivo de *reus*, demandado). La noción se refiere a la interposición de una acción ante el tribunal arbitral por una parte demandada, contra una o varias de las partes demandantes. El significado del término *reconvención* en la jerga arbitral internacional coincide con el que se le atribuye en el ámbito procesal civil y comercial, tanto en los países de tradición romano-germánica (*reconvention* en Francia, *Widerklage* en Alemania, Austria y Suiza, *riconvenzione* en Italia, *reconvenção* en Portugal y Brasil) como en los países de *common law* (*counterclaim/counter-claim/counter claim* o *counter-complaint/counter complaint*). La noción es también idéntica en el marco del procedimiento contencioso según el Derecho internacional público y en arbitraje internacional interestatal (véanse, p. ej.: art. 80, párrafo 1 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia; art. 3(10) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio; art. 98 del Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar).

2. Requisitos

En sentido amplio, podría definirse la reconvención como cualquier pedido (*petitum* o «pretensión») que dirige, ante el mismo tribunal arbitral, la parte que asume la calidad de parte demandada en el arbitraje. Sin embargo, y a pesar de que las leyes y reglamentos arbitrales no contemplan una definición específica de «reconvención», el estudio del arbitraje en el Derecho comparado lleva a concluir que la noción de reconvención propia del procedimiento arbitral, es más restringida.

Se puede concluir que, en sentido técnico, existe reconvención únicamente cuando:

a. Una parte demandada en el arbitraje hace valer una pretensión nueva e independiente a la formulada por la parte demandante en su contra;

b. Esta nueva pretensión mantiene una doble conexión –subjetiva y objetiva– con la acción principal.

La existencia de una pretensión nueva e independiente exige que la parte demandada formule un pedido nuevo e independiente (de condena, declarativo o constitutivo) al pedido presentado por la parte demandante en la acción principal. En el caso de que no se formule un pedido independiente, existirá una mera defensa y no una reconvención. No constituye, por lo tanto, reconvención, el pedido presentado por la parte demandada limitado a solicitar la desestimación de la pretensión formulada por la parte demandante originaria. Por otro lado, se admite, generalmente, que la alegación de compensación de créditos (*set-off*) de la demandada no constituye reconvención si el monto a compensar es inferior al monto de la demanda principal; en este caso, no hay una pretensión nueva e independiente, sino una excepción o defensa cuya finalidad es extinguir la pretensión originaria presentada por la demandante. Sin embargo, existen discrepancias en el Derecho arbitral comparado sobre la posibilidad de oponer la compensación por vía de excepción o de reconvención (véase «Compensación»).

La conexión subjetiva implica que el pedido de la demandada sea presentado en contra de la demandante en la acción principal o, en caso de pluralidad de partes demandantes, al menos en contra de una de ellas. En ausencia de conexión subjetiva, existen sencillamente dos (o más) acciones distintas entre varias partes; y, por consiguiente, en sentido técnico, la demanda formulada por una parte demandada en contra de otra parte demandada, no se considera reconvención (a este tipo de acción se le denomina, frecuentemente, acción cruzada o *cross-claim*).

El requisito de conexión subjetiva se encuentra garantizado por la regla que exige que la demanda reconvencional quede cubierta por la competencia personal o *ratione personae* del tribunal. Ello significa que la reconvención no puede exceder el ámbito personal de aplicación del convenio arbitral en base al cual se inició el arbitraje (véase la cuestión conexa de la legitimación activa y pasiva con respecto a una reconvención en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimocuarta), n.° 339/2009, España, 30 de junio de 2009); o, en caso de pluralidad de convenios arbitrales, de al menos una cláusula arbitral contenida en uno de los convenios de los que el demandado reconviniente, es parte.

La conexión objetiva requiere que el pedido de la parte demandada sea presentado en el mismo proceso arbitral en que se haya presentado la acción principal en su contra. De este modo, la demanda interpuesta por la demandada, se sustancia en el mismo proceso y se decide, en principio, en el mismo laudo que resuelve la demanda principal de la demandante originaria (excepto si hay bifurcación). Por consiguiente, la demanda presentada por la parte demandada en el marco de un nuevo proceso arbitral, no constituye reconvención aunque la consolidación de los distintos procesos arbitrales (cuando el marco jurídico aplicable lo permita) convertiría este tipo de acción en reconvención.

El requisito de conexión objetiva se encuentra garantizado por la regla universal en Derecho arbitral comparado, que exige que la reconvención quede comprendida en el ámbito de competencia material (*ratione materiae*) del tribunal; en otras palabras, la reconvención no puede exceder el ámbito material de aplicación del convenio arbitral en base al cual la demandante entabló el arbitraje (o, en caso de pluralidad de convenios arbitrales, de la cláusula arbitral contenida en uno de los convenios del que el demandado reconviniente, es parte). Tradicionalmente, varios reglamentos arbitrales exigían una conexión objetiva adicional entre demanda y contrademanda: la base de la pretensión de ambas debía coincidir; es decir, demanda y contrademanda debían fundamentarse en el mismo contrato o en la misma relación jurídica (véase, p. ej.: art. 19(3) del Reglamento Cnudmi de 1976).

En la actualidad, no es frecuente encontrar este requisito adicional para la admisibilidad de una reconvención en las leyes o reglamentos de arbitraje (véase, p. ej.: art. 21(3) del Reglamento Cnudmi de 2010), excepto en el marco del arbitraje Ciadi (véase más adelante). En general, siempre y cuando el ámbito material de la cláusula arbitral lo permita, se debe considerar admisible la reconvención, aunque la base de las pretensiones plasmadas en la demanda originaria y en la reconvención, respectivamente, no sean idénticas en estricto: por ejemplo, la demanda puede fundamentarse en responsabilidad contractual y la reconvención ser por responsabilidad delictual (véase, p. ej.: *Merial vs. Klocke Verpackungs-service GmbH*. Corte de Apelación de París. Francia, 7 de abril de 2011); igualmente, en caso de pluralidad de contratos, la reconvención puede basarse en un contrato distinto de aquél en que se fundamenta la demanda.

3. Régimen jurídico

Aunque el Derecho sustantivo sea relevante para decidir el fondo de una reconvención, la presentación de una demanda reconvencional plantea, en primer lugar, cuestiones de orden procesal y de competencia del tribunal para conocer de la misma. El Derecho de la sede del arbitraje (*lex arbitri*) regula la posibilidad de presentar la reconvención y determina el régimen jurídico-procesal al que se encuentra sometida. Como para cualquier demanda arbitral, la competencia de los árbitros para decidir sobre la reconvención, depende de la validez del convenio arbitral. En todo caso, la demanda reconvencional se encuentra sujeta a cualesquiera normas imperativas de la sede del arbitraje, y es también el Derecho de la sede del arbitraje el que determina los límites a la autonomía de las partes, en relación a la presentación de demandas reconvencionales.

La posibilidad de formular una demanda reconvencional se contempla en la mayoría de leyes nacionales aplicables al arbitraje, pero los principales ordenamientos jurídicos no prevén un régimen detallado sobre reconvención. En efecto, en un gran número de países, la legislación arbitral sigue la Ley Modelo de la Cnudmi, limitándose a disponer que el régimen aplicable a la demanda principal se aplica también a la reconvención (art. 2(f) de la Ley Modelo). Éste es el caso del art. 4(c) de la LA española. Sin embargo, determinados países (incluso países con legislación arbitral conforme a la Ley Modelo), optaron por incluir en su legislación un régimen específico (más o menos detallado) para la demanda reconvencional: tal es el caso, por ejemplo, de Bulgaria (art. 28 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional); China (art. 27 de la Ley de Arbitraje); Dinamarca (art. 23(2) de la Ley de Arbitraje); Finlandia (art. 25(2) de la Ley de Arbitraje); Indonesia (art. 42 de la Ley n.º 30 de 1999); Letonia (art. 516(1) de la Ley Procesal Civil); Malta (art. 30(3) de la Ley de Arbitraje); Portugal (art. 33(4) de la Ley de Arbitraje Voluntaria); Rumanía (art. 574 del Código Procesal Civil); Serbia (art. 37 de la Ley de Arbitraje); Vietnam (arts. 36-37 de la Ley de Arbitraje Comercial).

Por otro lado, en virtud del principio de autonomía de la voluntad generalmente reconocido en todas las leyes de arbitraje modernas, las partes tienen plena libertad de acordar un régimen específico aplicable a la reconvención en el convenio arbitral. Esta libertad se puede manifestar tanto directamente en la cláusula arbitral, al prever el régimen aplicable a las demandas reconvencionales, como indirectamente, a través de la indicación de la sede del arbitraje o mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje se rija por un reglamento arbitral determinado. Los principales reglamentos de arbitraje contienen normas específicas sobre reconvención, pero el grado de regulación varía: arts. 4(2)(e), 21(3), 21(4), 22 y 23(2) del Reglamento de la Cnudmi; art. 5(5) del Reglamento CCI; art. 2(1)(b) del Reglamento de la LCIA; arts. 3(10) and 19(3) del Reglamento Suizo; art. 5(1)(iii) del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 18(3) del Reglamento del Hkiac; art. 3(2) del Reglamento de la AAA; Reglas 39 y 44(1) del Reglamento del TAD; arts. 11, 36(c), 42(c), 43(a), 44, 46(b) y (d) del Reglamento de la OMPI.

Los límites a la autonomía de las partes en materia de reconvención se pueden ver restringidos en el marco de las llamadas «cláusulas arbitrales asimétricas». Algunos tipos de cláusulas arbitrales reservan la facultad u obligan a una de las partes a someter todas o ciertas controversias a los tribunales estatales mientras que fijan el arbitraje como único medio de resolución de controversias accesible a la otra. Al obligar a una de las partes a someter sus demandas a los tribunales de justicia estatales, las partes excluyen con anterioridad al surgimiento de la controversia, la competencia del tribunal arbitral para conocer de las demandas reconvencionales de esa parte en el arbitraje, ya sea total o parcialmente. Aunque en algunos países este tipo de cláusulas no parece plantear problemas en lo relativo a su validez y ejecutabilidad (véase, p. ej.: en Inglaterra y Gales, *Mauritius Commercial Bank Limited vs. Hestia Holdings Limited & Another* [2013] EWHC 1328 (Comm)), en otros ordenamientos jurídicos, las mismas han sido declaradas nulas por violación de normas imperativas de la sede del arbitraje, como el principio de la igualdad de partes (véase, p. ej.: en Rusia, *Russkaya Telefonnaya Kompaniya vs. Sony Ericsson Mobile Communications Rus*. Corte Arbitrazh Suprema. Resolución n.º VAS-1831/12, 19 de junio de 2012).

4. Efectos procesales de la presentación de una demanda reconvencional

Después de la presentación de la demanda reconvencional, la calidad procesal de las partes en un arbitraje se modifica: la parte demandante contra quien el demandado formula la reconvención, se conoce como «demandante reconvenido», mientras que el demandado que presenta la reconvención, se conoce como «demandado reconviniente». Esta modificación subjetiva conlleva importantes consecuencias en la determinación del objeto de la controversia sometida a arbitraje y en la cuantía en litigio. Por ello, los reglamentos arbitrales o leyes de arbitraje indican, generalmente, que la reconvención se debe presentar en una fase inicial del arbitraje. Algunos reglamentos establecen que toda demanda reconvencional deberá ser presentada con la contestación a la solicitud (Reglamento CCI, art. 5(5)), o que la intención de formular una contrademanda, se puede/debe indicar en la respuesta a la notificación del arbitraje e interponerse en la contestación a la demanda (arts. 4(2)(e) y 21(3) del Reglamento Cnudmi; arts. 2(b) y 15.3 del Reglamento LCIA). Otros reglamentos disponen que, en principio, la reconvención se debe presentar en la respuesta a la notificación del arbitraje (art. 3(10) del Reglamento Suizo) o que la misma debe formularse, «a más tardar, en el memorial de contestación» (Ciadi, Regla Procesal 40).

Sin embargo, ninguna de estas normas es imperativa, por lo que prevalecerá siempre el acuerdo de las partes y la discreción del tribunal en la organización del procedimiento arbitral. La práctica arbitral y la jurisprudencia confirman que no se produce preclusión si no se presenta la reconvención en una fase inicial del arbitraje; y que, en el transcurso de las actuaciones, el demandado podrá formular, modificar o complementar su reconvención en los mismos términos en que se admita que la otra parte puede hacerlo en relación a su demanda. A menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir la presentación de reconvención, ya sea en razón de la demora con que se hubiere formulado, el perjuicio que pudiere causar al demandante reconvenido o cualesquiera otras circunstancias atendibles; en principio, la presentación tardía de una reconvención no implica su inadmisibilidad (véase, p. ej.: art. 22 del Reglamento Cnudmi).

Y ello, incluso, en arbitrajes sometidos a reglamentos en que se prevé la estabilización del objeto del arbitraje desde una fase inicial (como, p. ej., con los Términos de Referencia en el Arbitraje CCI; véase, p. ej., *Merial vs. Klocke Verpackungs-service GmbH*. Corte de Apelación de París. Francia, 7 de abril de 2011; véase también la admisión de una reconvención presentada por primera vez en el último escrito en el caso de la Cámara de Comercio de Zurich de 22 de mayo de 2008. *ASA Bulletin*, vol. 26, n.° 4, p. 731).

Normalmente, se considera que el demandado reconviniente tiene la carga de justificar la presentación tardía (con posterioridad a la contestación de la demanda) de su demanda reconvencional. Generalmente, la presentación de reconvención tardía sin justificación, implica su inadmisión. En el caso de que la demanda reconvencional se introduzca en una fase avanzada del procedimiento, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta toda objeción que haga valer el demandante reconvenido. Se garantiza, de esta forma, la igualdad de armas entre las partes del litigio.

Al modificarse la calidad procesal de las partes en el arbitraje tras la presentación de una demanda reconvencional, todos los reglamentos de arbitraje prevén que el demandante reconvenido tendrá derecho a presentar sus argumentos en contra de la reconvención, ya sea en un escrito separado, o en el mismo escrito en que presente la demanda principal. Por lo general, el esquema de escritos anteriores a la celebración de la audiencia, se modifica.

5. La especificidad del arbitraje de inversión Ciadi

5.1. Competencia: Consentimiento a la introducción de demandas reconvencionales

El art. 46 del Convenio Ciadi se refiere al respeto de los requisitos de competencia del Centro, establecidos en el art. 25: el tribunal debe ser competente *ratione materiae* y *ratione personae* para conocer de la reconvención que debe quedar comprendida dentro del consentimiento otorgado por las partes a la competencia del Ciadi.

En el supuesto de que el arbitraje se inicie bajo un contrato, como en un arbitraje comercial, el tribunal puede fundar su competencia para conocer de la reconvención sobre incumplimiento contractual en el mismo contrato celebrado entre el Estado y el inversor extranjero (por ejemplo, *MINE c/ Guinea*; *Atlantic Triton c/ Guinea, Perenco c/ Ecuador*). En efecto, los contratos suelen permitir a cualquiera de las partes entablar una demanda por incumplimiento.

Sin embargo, en caso de pluralidad de contratos, pueden plantearse problemas derivados de expresiones de consentimiento contradictorias, como sucedió en *Klöckner c/ Camerún*. En este caso, el acuerdo marco

concluido por la sociedad alemana Klöckner y el Estado de Camerún, según el cual la primera se comprometía a instalar una fábrica de abonos y a gestionar el negocio durante cierto tiempo, reconocía la competencia del Ciadi. Sin embargo, un acuerdo de gestión posterior sometía todas las controversias derivadas del mismo al arbitraje bajo el reglamento de la CCI. Klöckner inició el procedimiento arbitral ante el Ciadi, basándose en el acuerdo marco mientras que Camerún interpuso una demanda reconvencional en base al acuerdo de gestión. En este caso, el tribunal se declaró competente para conocer de la reconvención porque los dos acuerdos contenían obligaciones interdependientes; y, además, al haberse celebrado el acuerdo de gestión, precisamente, para dar efecto a las obligaciones del acuerdo marco dirigidas a la empresa inversora, el primero no podía constituir una renuncia implícita al contenido material del acuerdo marco o a las garantías jurisdiccionales que preveía el mismo.

El escenario más común en la actualidad, es el del arbitraje iniciado bajo un TBI. El mismo plantea problemas complejos en materia de competencia del tribunal para conocer de las demandas reconvencionales presentadas por un Estado demandado.

Aun así, parte de la doctrina y de la jurisprudencia defienden que el consentimiento del inversionista a la competencia del Ciadi, expresado al registrar la reclamación ante el Centro, es suficiente para crear consentimiento a la presentación de reconvenciones por el Estado demandado. No sería, por tanto, necesario establecer un consentimiento adicional en el TBI aplicable. En este sentido, según la mayoría en *Goetz,* cuando los Estados parte del TBI consienten a la competencia del Ciadi, el componente de consentimiento del art. 46 se importa *ipso facto* a cualquier arbitraje Ciadi, que el inversionista decida iniciar. En *Goetz*, Burundi entabló una reconvención sobre el presunto incumplimiento de un banco respecto a un certificado de operaciones. El tribunal precisó que resulta irrelevante que el TBI en cuestión no incluya una disposición que confiera competencia al tribunal de forma expresa para conocer de la reconvención. Al contener el TBI una oferta de arbitraje Ciadi, Burundi aceptó que las demandas reconvencionales sean resueltas de acuerdo a las condiciones y al procedimiento previstos en el art. 46 del Convenio Ciadi. Según el tribunal, al aceptar la oferta abierta del demandado de someter el litigio a arbitraje, la parte demandante consintió lo mismo. Exigir un consentimiento adicional en el TBI sería contrario a la letra y al espíritu del Convenio Ciadi, cuyo art. 46 pretende facilitar la resolución de controversias entre Estados e inversores, y no dificultarlas exigiendo que los tribunales nacionales resuelvan las demandas reconvencionales. En su opinión disidente en el caso *Roussalis*, el Profesor Reisman llegó a la misma conclusión.

Sin embargo, la mayoría del tribunal en el caso *Roussalis* interpretó el art. 46 del Convenio Ciadi de otro modo: la presentación de la demanda ante el Ciadi no implica en sí consentimiento a la presentación de reconvenciones. Según el tribunal, la expresión «dentro del ámbito del consentimiento de las partes» del art. 46 se refiere al consentimiento prestado en otro escrito distinto al Convenio Ciadi, como puede ser un TBI o contrato. En este sentido, parte de la doctrina ha indicado que si en el caso de la demanda principal la ratificación del Convenio por los Estados, no basta para otorgar el consentimiento necesario para la resolución de una disputa por el Ciadi, las reclamaciones de los Estados deben sujetarse al mismo principio. Se ha señalado, además, que si el Convenio confiere en sí el consentimiento a la presentación de demandas reconvencionales, no tiene sentido que el art. 46 disponga que la parte demandada únicamente puede entablar reconvenciones «siempre que estén dentro del consentimiento de las partes».

En el marco del debate sobre la competencia del tribunal, la letra del TBI es fundamental. Algunos tribunales consideran que las cláusulas de sometimiento al arbitraje del Centro restringidas a las diferencias surgidas en relación a las obligaciones del Estado anfitrión, no crean consentimiento a la presentación de una reconvención por el Estado demandado. Éste es el caso del TBI Grecia-Rumanía aplicable en *Roussalis*, en el que el tribunal estimó que el consentimiento para recurrir al Ciadi se ceñía a las reclamaciones de los inversionistas y no comprendía las entabladas por un Estado, en relación a las obligaciones impuestas a los inversionistas. Por el contrario, algunos tribunales han defendido que, en principio, los TBI que cubren todas las obligaciones dimanantes de la inversión, otorgan competencia al tribunal para conocer de una demanda reconvencional (*Saluka*).

En el caso de que exista más de una base de consentimiento utilizada por el inversionista para entablar el arbitraje de inversión (un TBI y un contrato), se suscita la problemática de las manifestaciones de voluntad contrarias (p. ej.: el primero no permite la introducción de demandas reconvencionales y el segundo sí). La solución correcta parece ser que cada tribunal se declare competente o incompetente para conocer de la demanda y de la reconvención interpuestas en atención a la elección de foro efectuada por las partes para cada una de ellas. Así, en *Saluka c/ República Checa*, el tribunal arbitral remitió a arbitraje en Zurich las reconvenciones basadas en la violación de un acuerdo de adquisición de acciones por la demandante, puesto que la cláusula de resolución de controversias que contenía el acuerdo así lo disponía. Esta conclusión refleja

también la complejidad de la distinción entre las reclamaciones basadas en un tratado y las reclamaciones basadas en un contrato («*treaty claims*» y «*contract claims*»).

5.2. Admisibilidad: conexión objetiva entre demanda y reconvención

El art. 46 del Convenio Ciadi contiene una presunción a favor de la admisión de demandas reconvencionales, pero requiere una conexión objetiva específica entre reconvención y demanda principal: se exige que la reconvención mantenga una «relación […] directa […] con la diferencia». La jurisprudencia considera que ésta es una condición relativa a la admisibilidad de la reconvención (*Roussalis c/ Rumania* y *Goetz c/ Burundi*).

Existen, esencialmente, tres posturas con respecto a este requisito:

a. La primera defiende que se requiere, exclusivamente, una conexión de hecho. En *Klöckner c/ Camerún* el tribunal admitió la reconvención interpuesta por Camerún ya que, pese a no basarse en el mismo contrato que la demanda principal, las dos peticiones eran indisociables e interdependientes.

b. La segunda considera que la conexión es de derecho. En *AMCO c/ Indonesia*, la sociedad inversora inició un arbitraje reclamando una indemnización por la expropiación de su inversión. Indonesia interpuso una demanda reconvencional basada en los presuntos fraudes fiscales realizados por AMCO. El tribunal arbitral dispuso que la obligación de no incurrir en fraude fiscal pertenece al Derecho indonesio, pero no se encontraba prevista en el acuerdo de inversión, no pudiendo; por lo tanto, considerar que la reconvención surgiera directamente de la inversión. En el mismo sentido, los tribunales en *RSM c/ Granada* y en *Paushok c/ Mongolia* rechazaron las respectivas demandas reconvencionales presentadas por los Estados demandados por estar basadas en Derecho penal en el primer caso y en Derecho financiero en el segundo, pero no en una obligación que resulte específicamente de la inversión.

c. La tercera defiende que la conexión comprende tanto elementos de hecho como elementos de Derecho. En *Saluka c/ República Checa*, la demanda principal se refería a la violación de estándares de protección del inversionista en el TBI. Parte de las demandas reconvencionales interpuestas versaban sobre la supuesta violación de la normativa bancaria y el Derecho mercantil. En su razonamiento, el tribunal estableció que la reconvención y la demanda principal no constituían un todo indivisible, añadiendo que la base jurídica invocada por el demandado es el Derecho checo.

(Autor: David Guerra Bonifacio. LALIVE. Ginebra).

Referencias bibliográficas: Abhimanyu, George Jain. «Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis». *International Arbitration Law Review*, 2013, issue n.° 5, pp. 135-147. Antonopoulos, Constantine. «The Concept of Counterclaims in International Litigation». En *Counterclaims before the International Court of Justice*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 7-35. Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 357-358 y 1800-1802. Hoffmann, Anne K. «Counterclaims in Investment Arbitration». *Icsid Review*, 2013, vol. 28, n.° 2, pp. 438-453. Kendra, Thomas. «State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life?». *Arbitration International*, 2013, vol. 29, issue n.° 4, pp. 575-606. Lalive, Pierre and Laura Halonen. «On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration». *Czech Yearbook of International Law*, vol. ii, 2011, pp. 141-156. Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwers Law International, 2003, paras. 7.68-7.70. Poudret, Jean-François et Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Thomson Sweet & Maxwell, 2007, para. 574. Redfern, Alan Martin Hunter, Nigel Blackaby and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 382-383. Silva-Romero, E. «Brief Report on Counterclaims and Cross Claims: The ICC Perspective». En Bond, Stephen R. *et al.* (ed.) *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium: reports of the International Colloquium of Cepani*. Bruxelles: Bruylant, 2005, pp. 73-81. Toral, Mehmet and Thomas Schultz. «The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations». En Waibel, M. y A. Kaushal *et al*. (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration: Pereceptions and Reality.* Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 577-602.

Vocablos conexos: Acuerdo de arbitraje. Acumulación de pretensiones. Compensación de deudas e intereses. Contestación de la demanda. Contract Claims *vs*. Treaty Claims. Convenio arbitral. Defensa y contradicción. Demanda arbitral. Jurisdicción y competencia arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Ley aplicable al convenio arbitral.

Recursos internos (Agotamiento de)

Término que se utiliza para designar la obligación de recurrir y utilizar todos los remedios legales disponibles en la jurisdicción interna del Estado infractor, con anterioridad a la presentación de reclamaciones en la esfera

internacional. La regla fue definida por la Comisión de Arbitraje constituida en el *Asunto Ambatielos* (*Grecia c/ Reino Unido*, fallo arbitral de 1955), la cual expresó:

> (la regla) significa que el Estado en contra del cual una acción se ejercita por daños sufridos por individuos privados tiene el derecho de oponerse a tal acción si la persona que alega el perjuicio no ha agotado previamente todos los remedios legales disponibles en el derecho municipal de este Estado. El Estado demandado tiene el derecho de requerir que todos los remedios locales hayan sido utilizados por completo […].

En otras palabras, los procedimientos y recursos (judiciales y administrativos) de la jurisdicción interna deben haberse interpuesto y agotado de acuerdo a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos.

En cuanto a la naturaleza de la regla, la misma encuentra el fundamento de su obligatoriedad en la costumbre internacional. Así lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Interhandel* (*Suiza c/ Estados Unidos*-Objeciones Preliminares, sentencia de 21 de marzo de 1959), confirmando que la norma del agotamiento de los recursos internos antes de la iniciación de procedimientos internacionales, constituye una regla bien establecida de Derecho internacional consuetudinario.

El recurso a los remedios de la jurisdicción interna tiene sus antecedentes en el Derecho internacional clásico, en el marco de la protección diplomática, por medio de la cual el Estado interviene en defensa de sus nacionales (individuos o personas jurídicas) haciendo suyas las reclamaciones de los mismos en contra de terceros Estados, una vez que éstos han agotado los recursos de la jurisdicción interna, momento en el que surgiría la responsabilidad internacional del Estado infractor.

La práctica internacional ha elevado la regla del agotamiento de los recursos internos a la categoría de principio consagrado por el Derecho internacional consuetudinario, el cual indica que antes de que un Estado pueda perseguir, o «abrazar», la reclamación de uno de sus nacionales, la parte perjudicada deberá demostrar que ha agotado los recursos internos en el Estado en cuestión. En el paradigmático caso *Barcelona Traction* (*Bélgica c/ España*, sentencia de 5 de febrero de 1970) la C.I.J. reafirmó la regla del agotamiento de los recursos internos en la protección diplomática de las personas jurídicas. La vigencia del principio se ha visto reforzada en la sentencia de la C.I.J.

En el *Asunto Elettronica Sicula (ELSI)* (*Estados Unidos c/ Italia*, sentencia de 20 de julio de 1989), en la cual la Corte reafirmó la obligatoriedad de agotar los recursos internos, a menos que exista una excepción tácita o explícita, como en el supuesto de las dispensas otorgadas mediante cláusulas escritas en los tratados de inversión (Appris).

Para que dicha regla pueda ser aplicable, es necesario que los recursos internos disponibles sean adecuados y efectivos. En ese sentido, la jurisprudencia internacional ha establecido como criterios de valoración del cumplimiento de la regla: la eficacia de los recursos interpuestos, el tiempo que implican y los obstáculos puestos por el propio Estado. Si no ha habido agotamiento de los recursos internos, el Estado demandado puede presentar una excepción preliminar, a fin de que se resuelva primero sobre la procedencia o no del acceso a la instancia internacional y luego sobre el fondo de la controversia. Si dichos recursos no han sido adecuados o efectivos, el demandante puede alegar la dispensa o excepción de la regla.

En general, se estima que la dispensa de la regla puede concederse cuando:

a. No se encuentran disponibles en la legislación interna del Estado en cuestión los debidos procesos legales para subsanar la violación del derecho.

b. No se haya permitido al presunto damnificado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se haya impedido su agotamiento.

c. Haya retardo injustificado en la decisión sobre los recursos interpuestos.

En esos casos, agrupados bajo la denominación genérica de «denegación de justicia», se excepciona el cumplimiento de la regla (*waiver of the rule*), correspondiendo al Estado demandado la carga de la prueba acerca de la disponibilidad y eficacia de los remedios internos.

Ahora bien, la evolución de la práctica internacional, en cuanto a la aplicación de la regla, ha generado la coexistencia en el Derecho internacional de dos regímenes diversos en cuanto a la interpretación de su alcance y efectos.

En primer lugar, y en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos se sigue aplicando en su sentido tradicional y constituye un requisito de admisibilidad para presentar una petición ante órganos internacionales. Las excepciones a la regla se encuentran determinadas por los tratados que regulan el acceso a la instancia internacional, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por lo general, el requisito del previo agotamiento de los recursos disponibles en la jurisdicción nacional sólo se excepciona cuando concurre alguna de las circunstancias descritas anteriormente, caso contrario, se desestima la reclamación.

En segundo lugar y, en materia arbitral, el agotamiento de los recursos internos no siempre constituye un requisito previo para acceder a la instancia internacional. En la práctica, los diversos convenios internacionales contienen cláusulas en las cuales se establece si es necesario o no recurrir a los recursos internos, previamente a someter la controversia a arbitraje internacional. Así, los modelos de cláusulas propuestas por el Ciadi (*Icsid Model Clauses Document)* prevén las dos soluciones. Como puede observarse, la autonomía de la voluntad juega aquí un rol más importante; y, en la mayoría de los casos, se acuerda que transcurrido un plazo desde que tuvieron lugar los actos que dan origen a la controversia, la misma se puede, sin más, someter a arbitraje.

En la práctica arbitral, nos encontramos con tres modos diversos de aplicar la regla del agotamiento de los recursos internos.

Un primer supuesto lo constituye lo que podría denominarse como aplicación tradicional o estricta de la regla. Así, la segunda parte del art. 26 del Convenio del Ciadi permite a los Estados contratantes requerir el cumplimiento de la regla de agotamiento de los recursos internos, en otros términos, «exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio». Si un Estado lo requiere, podría incluirse una cláusula en los siguientes términos:

> Antes de que cualquiera de las partes inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los [siguientes] recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición (Cláusula 13 de los Modelos de Cláusulas del Ciadi).

Por otro lado, y como segundo supuesto de aplicación de la regla, nos encontramos con la dispensa del cumplimiento del requisito de incoar los recursos judiciales y administrativos disponibles en la jurisdicción interna. Este tipo de dispensas son comunes en las cláusulas de los convenios bilaterales de protección de inversiones (Appris). En ese sentido, es necesario destacar que, de acuerdo al Convenio del Ciadi, la regla general contenida en la primera parte del art. 26 establece que el consentimiento de las partes de llevar la controversia a arbitraje implica que no es necesario el agotamiento de los recursos internos (a menos que se indique lo contrario). En palabras literales del Convenio del Ciadi, éste dispone que «Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio, se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso».

De este modo, se invierte la regla tradicional: «la norma es la no aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos antes de recurrir al arbitraje». No obstante esta disposición, las partes contratantes podrían acordarlo de manera diferente, introduciendo una cláusula que indique lo contrario. Un ejemplo de dicha estipulación en contrario se encuentra en la cláusula 12 de los Modelos de Cláusulas del Ciadi: «El consentimiento a la jurisdicción del Centro que consta en mención de una cláusula básica pertinente no impedirá a ninguna de las partes de este acuerdo valerse del siguiente recurso posible: identificación de otro tipo de procedimiento. Mientras este otro procedimiento esté pendiente no podrá iniciarse ningún procedimiento de arbitraje conforme al Convenio».

Finalmente, y en un tercer supuesto, estaríamos ante la adopción de un criterio intermedio; es decir, las controversias pueden ser sometidas a arbitraje internacional con independencia de que los recursos internos hayan sido incoados o se hayan agotado, lo que implicaría, *prima facie*, que los procedimientos pueden proseguir en paralelo. Sería el caso del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan/

Nafta por sus siglas en inglés), que faculta a un inversor contendiente para iniciar o continuar con los procedimientos relativos a la medida en cuestión ante cualquier tribunal administrativo o judicial del país de la parte demandada, de conformidad con sus leyes. Sin perjuicio de lo anterior, un inversor contendiente puede, eventualmente, recurrir a un arbitraje internacional. Sólo cuando se presenta una reclamación conforme al art. 1120, existe el requisito de la renuncia.

A menudo se observa una interpretación peculiar de la regla en el arbitraje internacional. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el caso *Loewen Group c/ Estados Unidos*, ventilado ante el Ciadi de acuerdo con el Capítulo 11 del Nafta (*Loewen Group Inc. and Raymond Loewen vs. United States of America*. Icsid Case n.° ARB (AF)/98/3, 26, 26 June 2003, 42 ILM (2003) 811). El caso versaba sobre las alegaciones de una compañía inicialmente registrada en Canadá en contra de la discriminación sufrida en su perjuicio por parte de los competidores locales en el sector funerario que incoaron una acción en su contra por prácticas predatorias en el mercado, vulnerando el respeto del principio de un trato justo y equitativo y la protección del inversionista extranjero.

En la sentencia de los tribunales de primera instancia de Missisipi se adoptó una posición claramente a favor de las compañías locales, aludiendo a la protección de los intereses nacionales y otros argumentos patrióticos. En el procedimiento interno el jurado falló en contra de Loewen, condenando a la compañía a pagar una suma millonaria por concepto de perjuicios. Aun cuando quedaba la posibilidad de recurrir al tribunal *ad quem*, la compañía optó por ir ante el Ciadi, dando por sentado que la posible sentencia confirmaría la anterior, colocando a la empresa en una situación de denegación de justicia. Ante el tribunal del Ciadi, Estados Unidos alegó que no se le podía imputar un daño civil sufrido por la compañía por una decisión que afectaba a sus tribunales internos. El tribunal arbitral, aunque admitió que la conducta del tribunal interno constituía denegación de justicia y que no se había respetado el principio de acceso a un juicio justo (de modo inconsistente con dicho argumento), determinó que no se habían agotado los recursos internos y que aún cabía la posibilidad (en abstracto) de recurrir *in certiorari* ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Finalmente, cabe resaltar en el ámbito del arbitraje internacional dos desarrollos recientes relativos a la regla del agotamiento de los recursos internos. En primer lugar, se ha dado paso a la afirmación del derecho de acceso a la justicia del inversor extranjero, si éste es vulnerado o no se hace efectivo, queda abierta la instancia internacional de protección. En ese sentido, se pueden citar los casos *ELSI* (aludido con anterioridad) y *Diallo* (C.I.J. Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c/ República Democrática del Congo (Objeciones Preliminares). Sentencia de 24 de mayo de 2007) ante la Corte Internacional de Justicia, en los que el Estado demandado aludió a la excepción de agotamiento de los recursos internos por parte de inversores extranjeros. En ambos casos, la Corte Internacional de Justicia recurrió a los principios de razonabilidad y de efectividad para, finalmente, determinar la excepción a la regla cuando resulta evidente que los recursos internos disponibles, no son efectivos, correspondiéndole al Estado la carga de la prueba en contrario. En segundo lugar, efectuando una valoración general de la aplicación de la regla en los casos de arbitraje internacional, se puede afirmar que la regla del agotamiento de los recursos internos pasa inobservada en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión.

(Autora: María Belén Olmos Giupponi. Profesora de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

Referencias bibliográficas: Adler, M.H. «The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision». En *ELSI*, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 39 (1990), pp. 641-653. Álvarez Ávila, G. «Las características del Arbitraje Ciadi». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, 2002, pp. 205-229. Amerasinghe, C.F. *Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 2nd edition. Bishop, R.D., J. Crawford and W.M. Reisman. *Foreign Investment Disputes - Cases, Materials and Commentary*. Londres: Kluwer Law International, 2005. Ciadi (Icsid). *Model Clauses Document*. Publications Icsid, disponible en formato electrónico en http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/main-eng.htm (consultado por última vez el 08/04/2012). Ciadi, Caso n.° ARB/97/7. *Emilio Agustín Maffezini c/ El Reino de España*. Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, (2001), *15 Review-Foreign Investment Law Journal*, n.° 212, pp. 1-38. Ciadi, *Loewen Group Inc. and Raymond Loewen vs. United States of America*, Icsid Case n.° ARB (AF)/98/3, 26, 26 June 2003, 42 ILM (2003) 811. C.I.J., Interhandel Case (*Switzerland vs. United Status of America-Preliminary objections*), sentencia de 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports, 1959, p. 27. C.I.J., *Barcelona Traction* (*Belgium vs. Spain*, Judgment 5 February 1970). C.I.J., *Case Concerning Elttronica Sicula SpA* (*United States of America vs. Italy*) («ELSI»), sentencia de 20 de julio de 1989, I.C.J. Reports, 1989, p. 15. C.I.J. *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea vs. Democratic Republic of Congo* (*Preliminary Objections*), judgment of 24 May 2007. Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2009. Faúndez Ledesma, H. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH,* vol. 46 (junio-diciembre 2007), pp. 41-120. Fernández Rozas, J.C. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008. Francioni, F. «Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law». *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 20, n.° 3, 2009, pp. 729-747. Ma, Winnie. «Parallel Proceedings

and International Commercial Arbitration: The International Law Association's Recommendations for Arbitrators». *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2 (1), 2009, pp. 49-82. Peters, P. «Exhaustion of Local Remedies: ignored in most bilateral investment treaties». *Netherlands International Law Review*, 1997, n.° 44, pp. 233-243. Schreuer, Ch. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. «United Nations, The Ambatielos Claim». *Report of International Arbitral Awards*. 6 March 1956, vol. xii, pp. 83-153. Van Harten, G./M. Loughlin. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *European Journal of International Law (EJIL)*, 2006, vol. 17, n.° 1, pp. 121-150.

Vocablos conexos: Arbitraje internacional. Arbitraje de inversiones. Excepciones preliminares. Principios de Derecho Internacional. Protección diplomática.

Recursos contra el laudo arbitral Ciadi

A tenor del art. 53 (1) del Convenio Ciadi, «el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio». Los únicos recursos disponibles contra el laudo arbitral son, por tanto, aquéllos previstos en el Convenio; a saber (i) la solicitud de suplementación y rectificación del art. 49(2); (ii) la solicitud de aclaración del art. 50; (iii) la solicitud de revisión del art. 51; y (iv) la solicitud de anulación del art. 52. Los tres primeros recursos se ventilan, en la medida de lo posible, por el tribunal que emitió el laudo original, y tienen un alcance mucho menor y menos drástico que el recurso de anulación, que se ventila por un comité de anulación. Los laudos Ciadi no pueden ser revisados por ningún tribunal estatal.

Primero, la solicitud de suplementación y rectificación debe presentarse por una de las partes dentro de los cuarenta y cinco días después de la fecha del laudo. El objetivo de la misma es que el tribunal que dictó el laudo, decida, previa notificación a la otra parte, cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectifique errores materiales, aritméticos o similares contenidos en el laudo. A estos efectos, el tribunal fijará un plazo para que las partes presenten sus observaciones sobre la solicitud y determinará qué procedimiento deberá seguirse para considerar lo pedido. La decisión del tribunal sobre suplementación y rectificación constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste.

Segundo, cualquiera de las partes puede solicitar la aclaración del laudo en cualquier momento en que surja «una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance» del mismo, siempre que dicha diferencia concierna al sentido o alcance del laudo; sea suficientemente concreta y susceptible de aclaración; no verse sobre puntos nuevos no contemplados en el laudo que se somete a aclaración; y tenga cierta relevancia práctica en cuanto a la implementación del laudo. La aclaración del laudo no supone; sin embargo, una reconsideración sobre el fondo de la cuestión que fue decidida por el tribunal. (Veáse el vocablo «Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi» para un tratamiento más en profundidad de la aclaración del laudo).

Tercero, la solicitud de revisión del laudo procede en aquellos casos en que se haya descubierto algún hecho que por su naturaleza afecte decisivamente al mismo y que, cuando se dictó el laudo, no era de conocimiento del tribunal ni del solicitante. Además, la ignorancia del solicitante sobre dicho hecho no debe de haberse debido a su negligencia. La solicitud de revisión debe presentarse dentro de los noventa días después de que se tome conocimiento del nuevo hecho y en cualquier caso dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiera dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior). (Véase el vocablo «Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi» para un tratamiento más en profundidad de la revisión del laudo).

Por último, la anulación de un laudo constituye sin duda el recurso de mayor calado, tanto en lo que respecta a su alcance como a su aplicación práctica, del régimen Ciadi. La consecuencia de un recurso de anulación exitoso es la anulación parcial o total del laudo original por un comité *ad hoc* Ciadi distinto del tribunal Ciadi que lo dictó. El comité de anulación no puede sustituir con sus propios criterios a los del tribunal inicial, sino que, una vez que el laudo ha sido anulado por un comité, las partes deberán someter su disputa a un nuevo tribunal si desean que la misma sea dirimida.

El proceso de anulación es distinto de una apelación. La anulación no implica una revisión del fondo, ya sea de los hechos o el Derecho, sino que, por el contrario, está limitada a las causales enumeradas en el art. 52(1) del Convenio Ciadi, a saber: (a) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (b) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; (c) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde; (d) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente; o (e) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal.

Cuando se invoque una causal otra que la corrupción por parte de uno de los miembros del tribunal que dictó el laudo, la solicitud de anulación debe presentarse dentro de ciento veinte días después de la fecha en que se dictó el laudo (o cualquiera decisión o corrección posterior). Si se invoca la corrupción de parte de un miembro del tribunal, la solicitud debe presentarse dentro de los ciento veinte días siguientes a que se tome conocimiento de los hechos, y en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiere dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior). La solicitud debe especificar las causales en las que se funda. (Véase el vocablo «Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi» para un tratamiento más en profundidad de la anulación del laudo).

Numerosas voces se han alzado acerca de la conveniencia de cambiar el alcance del sistema de recursos del laudo Ciadi; y, en particular, el del recurso de anulación. Para algunos, lo que procedería sería dar paso a un sistema de apelación propiamente dicho, lo que se espera permitiría alcanzar un doble objetivo: por una parte, asegurarse de que el laudo es correcto; y por otra, asegurar la consistencia de los laudos Ciadi entre sí. Para otros, sin embargo, el sistema está yendo demasiado lejos, en la medida en que los comités de anulación están llevando a cabo *de facto*, una apelación propiamente dicha para la que no fueron designados.

A efectos de asegurar la consistencia de los laudos Ciadi entre sí, voces tan autorizadas como las del profesor Schreuer, aluden a la adopción de un sistema de interpretación previa, similar a lo que existe en el ámbito europeo. En casos en los que el tribunal se viese frente a una cuestión fundamental de aplicación del Derecho de las inversiones, en que el tribunal quisiese alejarse de un «precedente» o cuando existan decisiones anteriores opuestas, el tribunal podría suspender el procedimiento a la espera de que una corte permanente se pronunciara sobre el mismo. En cualquier caso, y a la vista de las recientes críticas e incluso denuncias del Convenio Ciadi por parte de ciertos Estados, la reforma de cualquier aspecto del Convenio abriría una caja de Pandora que parece, al día de hoy, políticamente inasumible.

(Autor: Carmen Martínez López. Socia de Covington & Burling LLP, Londres).

Referencias bibliográficas: Schreuer, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 866-1095. Petrochilos, G., S. Noury y otros. *Icsid Convention, Chapter iv, Section 5, Article 50 [Interpretation]*. En Mistelis L. *Concise International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 126-128. Reed, L., J. Paulsson, N. Blackaby. *Guide to Icsid Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 159-176. Bishop, D., S. Marchili. *Annulment under the Icsid Convention*. Oxford: Oxford International Arbitration Series, 2012. Schreuer, C. *From Icsid Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope, 10 Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2011, n.° 211. Verhoosel, G. «Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To Icsid or Not to Icsid». *Icsid Review*, FILJ 23, 2008, n.° 119. Nair, P. y C. Ludwig. *Icsid Annulment Awards: The Fourth Generation?* Lexology, 2011. Schreuer, C. «Three Generations of Icsid Annulment Proceedings». En Gaillard, Emmanuel & Yas Banifatemi (eds.). *Annulment of Icsid Awards*, 2004. Schreuer, C. *Revising the System of Review for Investment Awards,* BIICL, 2009.

Vocablos conexos: Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi. Anulación parcial del laudo. Corrección, aclaración y complemento del laudo. Revisión del laudo.

Recusación del árbitro

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 que en el segundo caso, es el árbitro mismo quien renuncia voluntariamente a dirimir la controversia.

1. Motivos de recusación

La demanda de recusación suele estar fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia del árbitro, por sus vínculos con el litigio o con una de las partes o su abogado.

Esta alegación de falta de imparcialidad o independencia puede estar basada en hechos revelados por el árbitro en aplicación de su deber de revelación o, al contrario, por hechos que el árbitro ha omitido revelar, pero que la parte conoce.

Por ejemplo, el art. 17 apartado tercero de la Ley española de Arbitraje, basado en la Ley Modelo Uncitral, dispone de manera muy clásica que

> 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.

2. El procedimiento de recusación

De manera general, el procedimiento de recusación depende de lo que han acordado las partes. La casi totalidad de las leyes de arbitraje prevén que si las partes se han sometido al reglamento de arbitraje de una institución arbitral, como por ejemplo la CCI, el procedimiento de recusación estipulado por este reglamento será aplicable.

Las decisiones de las instituciones arbitrales en materia de recusación son decisiones puramente administrativas que no tienen *res judicata*. Por lo tanto, una decisión que rechaza la recusación, no puede ser el objeto de un recurso ante los tribunales estatales. Será únicamente el objeto de un control indirecto a la hora de un recurso de anulación contra el laudo o el exequátur.

A falta de acuerdo de las partes sobre el procedimiento de recusación, las partes deberán seguir el procedimiento previsto por la ley aplicable al procedimiento arbitral; es decir, en principio, la legislación arbitral de la sede del arbitraje.

La gran mayoría de las leyes nacionales prevén la intervención del juez de apoyo para decidir la demanda de recusación. Una parte puede recurrir al juez de apoyo o bien directamente (por ejemplo, en Bélgica, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia o Suiza) o bien únicamente después de que los árbitros se hayan pronunciado negativamente sobre la demanda de recusación (por ejemplo, en Alemania o Suecia o en la Ley Modelo Uncitral).

La decisión del juez de apoyo no suele ser apelable. Según el Derecho aplicable, la parte recusante cuya demanda es rechazada por el juez de apoyo, podrá, posteriormente, invocar, en un recurso de anulación contra el laudo, los argumentos de falta de imparcialidad o independencia, sobre los cuales ha basado la recusación (como en Suiza); o, al contrario, se considerará que el juez de apoyo ha decidido la cuestión de manera definitiva (como parece ser el caso en Francia).

En cuanto a la ley española, prevé que corresponde a los árbitros decidir la demanda de recusación (art. 18 apartado segundo) y no abre recurso contra una decisión negativa ante el juez de apoyo (el art. 8 no incluye la recusación en las funciones de apoyo). La parte recusante sólo podrá hacer valer los motivos de recusación al impugnar el laudo.

En el arbitraje de inversión administrado bajo el Convenio de Washington (Ciadi), la decisión sobre recusación también pertenece a los otros miembros del tribunal arbitral (art. 58). En caso de discrepancia, decide el presidente.

3. Plazo para recusar

La gran mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje prevén un plazo relativamente corto para formular la demanda de recusación. Por ejemplo, la ley española prevé un plazo de quince días a partir de la aceptación por el árbitro de su nombramiento o del conocimiento de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. El Reglamento CCI o el Derecho francés prevén un plazo de treinta días. La ley suiza no prevé plazo determinado, pero indica que la causa de recusación debe ser notificada sin demora.

En regla general, la parte que omite interponer una demanda de recusación en el plazo previsto, pierde tanto el derecho de recusar al árbitro como el de invocar ulteriormente estos hechos para impugnar el laudo.

(Autores: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer. Ginebra.
Jorge Luis Collantes. Universidad Internacional de Cataluña. Barcelona).

Referencias bibliográficas: Poudret & Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Thomson Sweet Maxwell, 2007, pp. 345-362.

VOCABLOS CONEXOS. Imparcialidad. Independencia. Abstención del árbitro. Deber de declaración.

REENVÍO

Es la obligación de aplicar el Derecho del Estado indicado por las normas de Derecho internacional privado del foro, incluyendo las normas de Derecho internacional privado de ese mismo Estado. De este modo, si un procedimiento judicial está teniendo lugar en España, donde, hipotéticamente, el *renvoi* existe y donde la norma de conflicto indica que se ha de aplicar el Derecho inglés, el juez español tendría que comprobar si dicho Derecho inglés, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, pide la aplicación del Derecho de un tercer Estado (reenvío de segundo grado). Si el Derecho internacional privado del Estado señalado por la norma de conflicto indica la aplicación de la ley del foro, se estará ante un reenvío de retorno. Hoy en día, por lo menos, en el ámbito de los contratos, el *renvoi* suele estar prohibido por las normas de Derecho internacional privado de origen interno o internacional.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. Navarra: Civitas, 2009, 5.ª ed. CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado*. Granada: Comares, 2009-2010, 10.ª ed.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional.

REGLAMENTO ARBITRAL (REGLAMENTO DE ARBITRAJE)

Toda norma escrita dictada por una institución arbitral y conjunto de normas que regulan la forma en que debe designarse al árbitro único o tribunal arbitral y llevarse a cabo el arbitraje.

La práctica arbitral cambia a medida que se crean nuevas leyes y procedimientos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Es importante que los reglamentos de las instituciones arbitrales se modifiquen, a efectos de reflejar estos cambios en lugar de quedarse estancados en el tiempo. Es difícil realizar un arbitraje efectivo y moderno con arreglo a un reglamento concebido para otra época. Las partes tienen derecho a esperar que el reglamento institucional sea revisado y modificado; y, de ser necesario, que lo sea en forma periódica.

Las instituciones arbitrales poseen reglas y procedimientos preestablecidos, elaborados con esmero y perfeccionados con la experiencia. En el arbitraje institucional, por tanto, basta la simple referencia al reglamento de la institución, sin necesidad de que las partes deban negociar los detalles del procedimiento. Por tanto, las partes que acuerdan someter las controversias a arbitraje con arreglo al reglamento de una institución determinada, incorporan, efectivamente, el reglamento de esta institución a su acuerdo de arbitraje.

Cada institución arbitral tiende a contar con su propio reglamento; ello, no obstante, los reglamentos de arbitraje prevén, en general, los siguientes elementos, para el caso de desacuerdo o falta de previsión de las partes o árbitros:

- Sede y lugar del arbitraje.
- Idioma del arbitraje.
- Notificaciones y comunicaciones.
- Cómputo de plazos.
- Procedimiento de designación de árbitros, nombramiento o confirmación.
- Requisitos que han de cumplir los árbitros.
- Procedimiento de recusación, remoción y sustitución de los árbitros.
- Declaración de independencia e imparcialidad.
- Medidas cautelares y provisionales.
- Principios del procedimiento arbitral.
- Forma y contenido de la solicitud de arbitraje y de la contestación a la misma.
- Forma y contenido de la demanda de arbitraje y de la contestación y reconvención.
- Pruebas, audiencias y conclusiones.
- Plazo para dictar el laudo y su prórroga.

- Tarifa de honorarios de los árbitros y derechos de administración de la institución arbitral.

Por lo general, cada institución arbitral cuenta también con su propia cláusula arbitral tipo, lo cual garantiza la validez y eficacia del convenio, al soler utilizar las partes uno de estos modelos cuando se pretende recurrir al arbitraje institucional.

La incorporación automática de un reglamento es una de las principales ventajas del arbitraje institucional, sobre todo, en materia de designación de árbitros, honorarios de árbitros y derechos de administración y laudo.

En cuanto a la designación del árbitro único o constitución del tribunal arbitral, las instituciones arbitrales regulan, a través de sus reglamentos, sistemas de designación de árbitros que evitan dilaciones cuando las partes no se ponen de acuerdo con las personas a designar, evitando tener que acudir a los tribunales para que procedan a su nombramiento. Asimismo, se impide la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro, al prever sistemas de sustitución de este último en supuestos de incapacidad, negligencia, renuncia o similares.

En cuanto a los honorarios de árbitros y derechos de administración, se evitan de igual modo problemas de carácter financiero, pues los reglamentos arbitrales regulan el cálculo de los honorarios exigiendo el pago de los mismos por adelantado.

En cuanto al laudo, son muchas las instituciones arbitrales que ya regulan en sus reglamentos la revisión previa del mismo (formal, no en cuanto al fondo), antes de su emisión. Esta revisión sirve como medida de control de calidad, reduciendo el riesgo de impugnación. La institución arbitral no comenta el fondo del laudo ni interfiere de modo alguno en la decisión del tribunal arbitral, sino que se cerciora de que el tribunal haya resuelto todas las cuestiones sometidas a su consideración, y de que el laudo incluya algunos puntos (que a veces se pasan por alto) como los intereses y las costas.

Para concluir podemos decir que los reglamentos de arbitraje sirven para prever y proveer sobre las diferentes situaciones que pueden darse durante la tramitación de un procedimiento arbitral, o como regla supletoria al acuerdo de las partes o a la decisión de los árbitros.

(Autora: María Arias Navarro.
Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

Referencias bibliográficas: Redfern, A., H. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho administrativo I.* Madrid: Thomson Civitas, 2006.

Vocablos conexos: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Costas del procedimiento arbitral.

Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia

El Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, es una norma comunitaria europea aprobada con el objetivo de dotar de una mayor eficacia y efectividad a los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas dentro del territorio de la Unión Europea, a través de la adopción de una serie de disposiciones comunes y directamente aplicables en los Estados miembro, sobre competencia judicial, reconocimiento de resoluciones y Derecho aplicable, en el ámbito de este tipo de procedimientos.

A pesar de que el Reglamento n.º 1346/2000 no contiene ninguna referencia al arbitraje, sí contiene normas de conflicto que determinan qué Derecho regulará el efecto de la apertura de los procedimientos de insolvencia sobre diferentes situaciones jurídicas, entre ellas sobre los contratos y sobre los procedimientos en curso, por lo que serán de interés en relación con el arbitraje, dada la naturaleza contractual del convenio arbitral y la configuración del propio arbitraje como un procedimiento.

Y es que los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en materia de insolvencia, establecen diferentes efectos de la declaración de insolvencia sobre contratos y procedimien-

tos. Así, el Derecho polaco establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia privará de efectos al convenio arbitral y provocará la terminación inmediata de los procedimientos arbitrales en los que la concursada sea parte; el Derecho español establece que la declaración de concurso suspenderá el efecto del convenio arbitral, si bien los procedimientos arbitrales en tramitación continuarán su curso hasta dictarse el laudo; el Derecho francés y el del Reino Unido exigen que el juez que tramita el procedimiento de insolvencia, apruebe el inicio de un nuevo procedimiento arbitral; mientras que tanto en el Derecho británico como en el italiano, los administradores de la insolvencia tienen la potestad de anular el convenio arbitral.

Por lo tanto, un arbitraje internacional puede verse afectado de formas muy diferentes en función de qué Derecho regule el efecto de la declaración de insolvencia de una de las partes.

El art. 4.2.e) del Reglamento n.° 1346/2000 regula el efecto de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre los contratos:

> La Ley del Estado de apertura [del procedimiento de insolvencia] determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:
> […]
> e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte.

Por su parte, los arts. 4.2.f) y 15 del Reglamento n.° 1346/2000 determinan el efecto de la apertura de la insolvencia sobre los procedimientos no iniciados y los procedimientos en curso:

Art. 4.2.f):

> La Ley del Estado de apertura [del procedimiento de insolvencia] determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:
> […]
> f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso […]

Art. 15:

> Los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento.

Por lo tanto, estas reglas establecerán qué Derecho será el relevante para determinar el impacto de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre un convenio arbitral, o sobre un procedimiento arbitral. Así, el Derecho del Estado donde se desarrolle el procedimiento de insolvencia decidirá el efecto que su apertura tendrá sobre el convenio arbitral y sobre los procedimientos no en curso; sin embargo, el efecto de la apertura de la insolvencia sobre un procedimiento arbitral en curso será definido por el Derecho de la sede del arbitraje.

Estas normas han planteado ciertos problemas de aplicación. Así, en el caso de un arbitraje en curso, parece existir una antinomia entre las soluciones ofrecidas, ya que el Reglamento remitiría, por una parte, al Derecho del Estado del concurso, en relación con la suerte del convenio arbitral; mientras, por otra, al Derecho de la sede en relación con el efecto sobre los procedimientos en curso.

Siguiendo a algunos autores, principalmente franceses, cabría concluir que no existe tal antinomia, ya que el convenio arbitral sería un contrato de naturaleza procesal, lo que excluiría la aplicación de la regla prevista para los contratos (el art. 4.2.e) del Reglamento). En consecuencia, el arbitraje debería seguir únicamente la regla establecida para los procedimientos, en virtud de los arts. 4.1.f) y 15 del Reglamento.

Sin embargo, la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court* de Londres alcanzó una solución diferente en su sentencia de 2 de octubre de 2008, en el caso *Josef Syska and Elektrim SA (In Administration) vs. Vivendi Universal SA and others [2008] EWHC 2155 (Comm)*. En aquel asunto se discutía el efecto que, sobre un arbitraje que se había desarrollado en Londres, tenía la apertura en Polonia de un procedimiento de insolvencia, en relación con una de las partes del arbitraje. Mientras el art. 4.2.e) del Reglamento

n.º 1346/2000 remitiría al Derecho del lugar del procedimiento de insolvencia (Polonia), para determinar el efecto de la apertura de la insolvencia sobre el convenio arbitral, lo que implicaría su pérdida de validez, el art. 15 del Reglamento n.º 1346/2000 remitiría al Derecho de la sede (Inglaterra y Gales), para determinar el efecto de la insolvencia sobre el procedimiento, lo que implicaría su continuación.

El Juez Clarke, citando extensivamente los comentarios al Reglamento de los Profesores Virgós y Garcimartín, concluyó que mientras el convenio arbitral permanezca inactivo y no se haya iniciado sobre él un arbitraje, la naturaleza contractual primaría sobre la procesal, y la norma de conflicto a aplicar debía ser la contenida en el art. 4.2.e) del Reglamento, que remitiría al Derecho del lugar donde se tramite la insolvencia. Sin embargo, una vez que el procedimiento arbitral se hubiera iniciado, primaría la naturaleza procedimental, por lo que aplicaría la regla del art. 15 del Reglamento y su remisión al Derecho de la sede del arbitraje. Por ello, y puesto que el arbitraje ya se encontraba en curso en el momento en que se abrió el procedimento de insolvencia, sus efectos vendrían determinados por la ley inglesa. Esta sentencia fue confirmada por la *Court of Appeal* en 2009.

La interpretación referida anteriormente fue confirmada también por el Tribunal de Apelación de Varsovia que, en 2009, y sobre la base de la aplicación de la regla del art. 15 del Reglamento n.º 1346/2000, anuló una decisión del Juez de Distrito de Varsovia que denegaba el reconocimiento del laudo dictado en Londres. El Juez de Distrito de Varsovia había considerado que el art. 15 del Reglamento no se refería a los procedimientos arbitrales y que el Derecho polaco de insolvencia tenía el efecto de privar a la parte insolvente de su capacidad para ser parte en un arbitraje, lo que permitía denegar el reconocimiento del laudo extranjero en virtud del art. v(1)(a) de la Convención de Nueva York.

(Autor: Alejandro López Ortiz. Socio. Mayer Brown LLP. París).

referencias bibliográficas: Heredia Cervantes, I. *Arbitraje y concurso internacional*. Madrid: Civitas, 2008. Mourre, A. «Arbitraje y Derecho concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, pp. 227-240. Virgós Soriano, M. y F.J. Garcimartín Alférez. *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, 2003.

Vocablos conexos: Arbitraje concursal. Convenio arbitral. Reglamento Comunitario n.º 44/2001.

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento 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

1. Cuestiones generales

El régimen general de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil se ha visto reformado por 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 (en adelante, RBI *bis*). Este instrumento, que sustituye y deroga a su predecesor, el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (en adelante, RBI), entró en vigor el 9 de enero de 2013, aunque no será aplicable hasta el 10 de enero de 2015, excepción hecha de sus arts. 75 y 76, relativos a las comunicaciones por parte de los Estados miembros a la Comisión, preceptos que se aplican desde el pasado 10 de enero de 2014. El RBI *bis* vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, que quedan sujetos a su aplicación, con la única excepción de Dinamarca, quien no obstante, podrá aplicar sus disposiciones por razón del Acuerdo suscrito con la Comunidad Europea de 19 de octubre de 2005.

2. Principales modificaciones del RBI bis

Aunque la naturaleza del presente estudio nos impide proceder a una exposición detallada de todas las previsiones del RBI *bis*, ello no es óbice para que, antes de adentrarnos en el análisis de la relación existente entre aquél y el arbitraje, objeto de nuestro trabajo, podamos dar cuenta, aunque sea someramente, de las novedades más significativas que el RBI *bis* introduce en las instituciones objeto de su regulación. Para ello, hay que partir de que con esta reforma, las instituciones europeas perseguían como objetivo global facilitar la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia, suprimiendo con ello los obstáculos que subsistían a la libre circulación de resoluciones judiciales. Con tal propósito, aquéllas centraron su atención, principalmente, en dos objetivos: a) convertir el RBI *bis* en un instrumento de aplicación *erga omnes,* extendiendo las reglas unificadas de competencia a demandados que no están domiciliados en algún Estado miembro; b) suprimir el procedimiento de exequátur.

Dado lo ambicioso, como se verá, de ambos objetivos, la realidad ha demostrado que, finalmente, el RBI *bis* no ha resultado tan exitoso como se esperaba: ha fracasado respecto del primer objetivo y, aunque se ha logrado alcanzar el segundo, se ha hecho de manera muy prudente, ya que la supresión del exequátur se ha unido a importantes salvaguardas que determinan que tenga un alcance más limitado que el inicialmente previsto. No obstante lo dicho, lo que sí es cierto, es que el nuevo régimen establecido en el RBI *bis* introduce modificaciones relevantes respecto del régimen anterior. Y es que, a pesar de la expresión «refundición» que aparece en el título de esta trascendental norma de Derecho internacional privado de la Unión Europea, lo que podría llevarnos a entender que ésta no es más que una mera refundición de las disposiciones del RBI, nada más lejos de la realidad: el RBI *bis* revisa algunas de las normas de su predecesor, incluyendo novedosas aportaciones de significativa importancia en varias materias.

De manera sintética, las principales modificaciones que se introducen son las siguientes:

a) En relación con el ámbito de aplicación material, se hacen algunas puntualizaciones en las exclusiones respecto de las obligaciones de alimentos y las cuestiones de estado y capacidad, así como materias de familia, de testamentos y de sucesiones, al existir ya instrumentos específicos en tales materias; excluyéndose de forma expresa la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad.

b) Se introduce un elenco de definiciones para la correcta aplicación del RBI *bis*.

c) Respecto de la competencia judicial, las principales novedades pueden resumirse en las siguientes. De un lado, se prevé la aplicación de las reglas de competencia del RBI *bis* en contratos de consumo e individuales de trabajo cuando los demandados no estén domiciliados en un Estado miembro, salvaguardándose así la aplicación de foros de competencia favorables al consumidor y al trabajador cuando la contraparte y el empresario no estén domiciliados en un Estado miembro. De otro lado, se incluye un fuero especial a favor del lugar de situación de los bienes culturales. Igualmente, y en este caso en materia de inscripciones o validez de derechos de propiedad industrial sometidos a registros, se precisa que la competencia objetiva opera, tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción. Finalmente, se incluyen varias modificaciones respecto de los acuerdos de prórroga de competencia.

d) En relación con la litispendencia y la conexidad, se trata de una materia en la que se han introducido importantes modificaciones si se compara con el régimen anterior en este punto. De un lado, respecto de la determinación del órgano competente en caso de litispendencia, se incluye una excepción al criterio general de prioridad temporal cuando aquélla se produce entre tribunales de Estados miembros, flexibilizándose tal criterio en la interposición de la demanda. De otro, se incorporan nuevas normas sobre litispendencia y conexidad, previéndose esta última en relación con tribunales de terceros Estados, de modo que, en el supuesto de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado esté conociendo de la misma demanda o de una conexa, el RBI *bis* regula un régimen distinto al establecido para las relaciones entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros.

e) Respecto de las medidas provisionales y cautelares, se prevé su aplicación siempre que el foro principal se localice en un Estado miembro, con independencia de que la competencia se determine por el Reglamento o por las legislaciones nacionales de los Estados miembros. El reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas en un Estado miembro se encuentra sometida a una doble restricción: a) que hayan sido adoptadas por un órgano jurisdiccional que sea competente en cuanto al fondo; b) que se hayan adoptado previa audiencia del demandado o, en su caso, que su adopción le haya sido notificada con anterioridad a su ejecución. Igualmente, se prevé que cuando la medida u orden adoptada por el órgano jurisdiccional de origen sea desconocida en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, éste pueda proceder a su adaptación.

f) Finalmente, en relación con el reconocimiento y ejecución, ámbito en el que se localizan las mayores aportaciones de la reforma, las novedades radican, de un lado, en que se ha reforzado el reconocimiento de las resoluciones dictadas en un Estado miembro, y de otro, en que se ha suprimido el exequátur, de modo que el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se rige por el Derecho del Estado miembro requerido, ejecutándose en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en este Estado. No obstante lo dicho, lo cierto es que la eliminación del exequátur tiene un alcance mucho más limitado de lo inicialmente pretendido. Su supresión se acompaña de una serie de salvaguardas de cierto alcance –ya que se permite a cualquier parte interesada, en caso del reconocimiento, y a la persona contra la que se ha instado la ejecución de la decisión, solicitar la denegación de aquél y de ésta–, además de amplias posibilidades de control en el Estado miembro requerido del cumplimiento

de todos los motivos que permiten denegar el reconocimiento y ejecución; motivos de oposición que se recogían en el RBI y que se han mantenido en el actual.

3. El RBI bis y el arbitraje

Como es bien sabido, el RBI excluyó el arbitraje de su ámbito de aplicación material, decisión prudente que respondió, de un lado, a evitar que el «sistema Bruselas» pudiera interferir con el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (en adelante, Convenio de Nueva York); y de otro, al hecho de que el arbitraje y las relaciones entre éste y la jurisdicción plantean una importante complejidad, siendo aquél ya objeto de una regulación detallada tanto a nivel interno como convencional. En tales circunstancias, y siendo conscientes de que el arbitraje es materia cuya prerrogativa atañe a cada Estado miembro, y que además se encuentra sujeta a un nacionalismo muy marcado, frente a la posibilidad de asumir la tarea de abordar su regulación de forma completa, con las consiguientes dificultades que ello plantearía a la hora de articular la normativa resultante con los instrumentos convencionales que obligaban a los Estados miembros, el RBI optó por alejar las cuestiones arbitrales de su regulación, reconociendo con ello la primacía de la regulación ya existente en esta materia sobre el propio Reglamento.

En definitiva, bajo la vigencia del RBI, que como hemos visto excluía el arbitraje de su ámbito de aplicación material, éste quedaba sometido al Derecho de origen interno de los distintos Estados miembros y a los instrumentos internacionales existentes en esta materia, entre los que destaca, principalmente, el Convenio de Nueva York. En consecuencia, quedaban al margen de la aplicación del citado Reglamento los procedimientos judiciales en auxilio de un arbitraje; los litigios que pudieran surgir en el marco de una relación afectada por el arbitraje o aquéllos en los que se suscitara la validez de una cláusula arbitral; y los laudos arbitrales, que también quedaban excluidos del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones contenido en el RBI.

Por lo que al tratamiento del arbitraje en el RBI *bis* se refiere, éste no representa un cambio especialmente significativo en esta materia si se compara con el que se previó en el RBI desde su origen. Y es que, a pesar de que la Comisión era perfectamente consciente, tanto de la importancia capital que reviste el arbitraje para el comercio internacional [tal y como así lo señala el Libro Verde de la Comisión (2009) 175 final, sobre la revisión del Reglamento Bruselas I, p. 9] como de la conveniencia de mejorar su articulación con las vías judiciales, la realidad es que el RBI *bis*, siguiendo en este punto a su predecesor, vuelve a excluir el arbitraje de su ámbito de aplicación material. Lo hace, en concreto, en su art. 1.2º d), exclusión que se ve reforzada en el Preámbulo por un considerando *ad hoc*, el número 12, confirmatorio de dicho criterio.

Partiendo de la premisa de que, lógicamente, el RBI *bis* no tiene por objetivo la regulación del arbitraje, ya que, como hemos adelantado, no entra en su ámbito de aplicación, lo que sí que parece claro es que, respecto de la materia arbitral, una de sus metas debe circunscribirse a prever la correcta coordinación entre los procedimientos judiciales y los arbitrales, especialmente cuando se refieran a la validez de un convenio arbitral, de modo que con ello se puedan evitar los efectos negativos de los procesos paralelos.

Aunque la necesidad de mejorar la coordinación entre el arbitraje y los procesos judiciales era algo que se llevaba observando desde hace años, hubo que esperar al año 2009 para que se tomara conciencia de que se trataba de una necesidad realmente acuciante. Dejando al margen la STJCE *Van Uden* (de 17 de noviembre de 1998, C-391/95), que ya en su momento supuso un cambio en la interpretación de la exclusión del arbitraje en el Convenio de Bruselas de 1968, ya que implicó un primer retroceso de éste respecto del régimen del Convenio, al permitir su aplicación en supuestos en los que las partes en el litigio habían pactado el sometimiento a arbitraje, mostrando con ello una tendencia a la ocupación del territorio arbitral por el Convenio –al señalar que la solicitud de determinadas medidas provisionales en apoyo de un arbitraje, sí entraba en el ámbito de aplicación de aquél–, el punto de inflexión que realmente evidenció la urgencia de reflexionar seriamente sobre todos estos aspectos, se localiza en el momento en el que se dictó sentencia en el asunto *West Tankers* (STJUE de 10-II-2009, *West Tankers,* As. C-185/07), con la que se marca una tendencia de progresiva incorporación del arbitraje al sistema comunitario.

Como se recordará, en el asunto *West Tankers* se planteaba la interpretación de la exclusión del arbitraje establecida en el art. 1.2.ºd) RBI. En concreto, la sentencia debía circunscribirse a determinar si la adopción de una orden conminatoria que prohibía continuar con un procedimiento judicial incoado en un Estado miembro –prohibición basada en la existencia de una cláusula compromisoria eficaz respecto de tal procedimiento– era o no compatible con el RBI; cuestión que se planteó ya que el procedimiento en el que se solicitaba la adopción de la medida antiproceso era un procedimiento de auxilio al arbitraje que debería entrar en el ámbito de exclusión del citado Reglamento. En definitiva, en este asunto, el TJCE debía pronunciarse respecto de la compatibilidad con el RBI de una orden dictada por un Estado miembro en la que se establecía la prohibición

de iniciar actuaciones judiciales en otro Estado miembro sobre la base de la existencia de un procedimiento arbitral.

Pues bien, el problema se planteó cuando el Tribunal de Justicia, al resolver sobre este asunto, señaló que si bien los pronunciamientos de los tribunales nacionales consistentes en hacer cumplir los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales quedan incluidos en la excepción de arbitraje, ésta no puede aplicarse a un caso por el mero hecho de que la competencia del tribunal de origen se cuestione en virtud de un arbitraje previo, siempre que tal caso se encontrare dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Siguiendo tal razonamiento, el Tribunal de Justicia señaló en su sentencia que, al circunscribirse el objeto controvertido en el asunto *West Tankers* a una cuestión de competencia judicial internacional, respecto de una acción de responsabilidad contractual, ésta no quedaba fuera de las disposiciones del RBI por el hecho de que tal cuestión tuviese como presupuesto un acuerdo arbitral. Al decidirse que un Estado miembro no podía acordar una orden «anti-suit» para limitar los procesos en otros Estados miembros, incluso aunque tales procesos hubieren comenzado en virtud de la violación de una cláusula compromisoria, las cláusulas de arbitraje quedaban directamente comprometidas.

Como se verá, con tal pronunciamiento el Tribunal de Justicia vino a obviar la tajante exclusión que del arbitraje se contenía en el RBI, reduciendo su alcance y permitiendo con ello, en suma, que aquél penetrara en el sistema del Reglamento con lo que, a partir de ese momento, se abría una vía que posibilitaba que las normas sobre litispendencia contenidas en el RBI pudieran ser utilizadas para desvirtuar un arbitraje pactado en un contrato principal. En definitiva, tal decisión implicó un importante ataque a la propia institución arbitral ya que con ella se justificaban estrategias procesales susceptibles de paralizar los efectos de los convenios arbitrales. Esto se corrobora en la medida en que, con su resolución, el Tribunal de Justicia llegó a respaldar una táctica procesal con la que se permitía, nada más y nada menos que, a pesar de la existencia de un convenio arbitral, una parte pudiera demandar ante un tribunal estatal de modo que, pese a que la otra hubiere alegado la existencia del convenio, aquélla pudiera litigar ante el juez acerca de la validez o aplicabilidad del convenio en el caso concreto.

Como consecuencia del debate abierto a raíz de la sentencia dictada en el asunto *West Tankers*, pareció imprescindible encontrar una solución que posibilitara una mejora en la coordinación entre el arbitraje y los procesos judiciales, solución que, de un lado, permitiera reforzar la eficacia de las cláusulas de arbitraje en el espacio judicial europeo; y, de otro, lograra desanimar a quienes pretendieran utilizar maniobras o argucias dilatorias consistentes en la interposición de demandas ante tribunales de Estados miembros en cuyas leyes de arbitraje se desconociera el principio de competencia.

Precisamente, fue tal escenario el que llevó a la Comisión, en un primer momento, a sugerir en el Libro Verde un pronunciamiento acerca de la eliminación total o parcial de la exclusión del arbitraje en el futuro Reglamento y, después, y a pesar de mantener la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento, a proponer, en su Propuesta de Reglamento presentada en 2010, una matización a tal exclusión. Y es que, consciente de que al brindar a una de las partes la posibilidad de impugnar un convenio de arbitraje ante un tribunal, ésta puede desvirtuar dicho convenio creando un procedimiento judicial paralelo que podría llevar a soluciones contradictorias, generándose retrasos y costes injustificados y propiciándose con ello, en definitiva, el uso de tácticas judiciales abusivas, la Comisión propuso la introducción en el Reglamento de una regla especial en la regulación de la litispendencia.

Así, con el propósito de limitar tanto las posibilidades de entorpecer el desarrollo del arbitraje como los riesgos de resoluciones contradictorias recaídas en procesos paralelos en los casos en que la sede del arbitraje se encontrara en algún Estado miembro, y para garantizar un mayor respeto a las cláusulas compromisorias que las partes hubieren establecido, la Propuesta incluía la siguiente obligación. El tribunal del Estado miembro ante quien se hubiere interpuesto una demanda, debía suspender el procedimiento o, en su caso, abstenerse de conocer de él cuando se hubiere impugnado su competencia con base en un convenio arbitral; y, por tanto, cuando se hubiere interpuesto una demanda ante un tribunal arbitral o se hubiere incoado un procedimiento judicial relativo al arbitraje ante un tribunal del Estado miembro donde se encontrare la sede del arbitraje, procedimiento cuyo objeto se circunscribiera a decidir sobre la existencia, la validez o la eficacia del convenio arbitral.

Pues bien, a pesar de que tal propuesta tuvo alguna acogida, lo cierto es que suscitó tal número de interrogantes frente a los que no existía una respuesta o solución clara que llegó incluso a cuestionarse si una medida como la expuesta era realmente favorable para el desarrollo del arbitraje. Finalmente, se llegó a la conclusión de que la regulación inicialmente propuesta por la Comisión no beneficiaba al funcionamiento de la institución del arbitraje, lo que, consecuentemente, implicó que el RBI *bis* no incluyera referencia alguna

en sus normas sobre litispendencia y conexidad a las relaciones o coordinación entre el arbitraje y los procesos judiciales.

Así las cosas, como se verá, en el RBI *bis* ha prevalecido la idea de la exclusión del arbitraje, exclusión que en nada se ha visto mitigada respecto de la previsión que, sobre este particular, recogía el RBI. Ahora bien, pese a que, como ha quedado ya señalado, el RBI *bis* no se aplica al arbitraje incluido en el art. 1.2º d), ello no es óbice para que esta norma no le dedique particular atención. De hecho, buen ejemplo de ello es que el considerando 12, en el que se articula toda esta materia, es el más largo de todos los que incluye la norma; considerando al que hay que sumar una disposición en la que se hace referencia también al arbitraje: el art. 73.2. En este precepto se señala expresamente que el Reglamento no afecta a la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la que, como se recordará, todos los Estados miembros son parte, reconociéndose con ello la primacía de tal regulación sobre el propio RBI *bis*. Así, en el ámbito del reconocimiento y la ejecución de laudos, prevalece sobre el RBI *bis* el Convenio de Nueva York de 1958, previsión con la que se reconoce que este último es un instrumento de aceptación generalizada en los círculos arbitrales a escala mundial.

Centrándonos ya en las previsiones contenidas en el RBI *bis* respecto del arbitraje, deben reseñarse las siguientes:

a) Que, pese a la exclusión expresa del arbitraje de su ámbito de aplicación, el Preámbulo del RBI *bis* clarifica que ello no afecta a la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio arbitral pueda remitirlas al arbitraje; esté facultado para suspender o sobreseer el procedimiento; o, incluso, pueda examinar si tal convenio es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, todo ello con arreglo a su Derecho nacional (párrafo 1º Cdo. 12). En relación con esta última previsión, el RBI *bis* señala expresamente que para resolver sobre estos extremos; y, por lo tanto, para pronunciarse respecto de si el convenio es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, y con independencia de que se tengan que pronunciar a este respecto con carácter principal o como cuestión incidental, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no están sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el Reglamento (párrafo 2º cdo. 12).

   Con la primera previsión, el RBI *bis* viene a mitigar y reducir las posibilidades de utilizar tácticas judiciales para desvirtuar la eficacia de los convenios arbitrales, puesto que se permite que un tribunal de otro Estado miembro conozca sobre la validez de un convenio arbitral de modo que si una parte incoa un procedimiento en un Estado miembro desconociendo el contenido de dicho convenio, alegando su nulidad, por así permitirlo la legislación de dicho Estado, la otra puede solicitarle a los tribunales del Estado sede del arbitraje que las remita a este procedimiento. Con la segunda previsión, el RBI *bis* limita el alcance del tránsito en los Estados miembros de sentencias contradictorias relativas a materia arbitral.

b) Por lo que concierne al régimen de reconocimiento y ejecución contenido en el RBI *bis*, ha de destacarse que no resulta aplicable a las resoluciones sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje. Y es que, tal y como se señala en el apartado tercero del considerando 12, el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al Reglamento o a su Derecho nacional, declare la nulidad, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no impide 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 Reglamento. Ahora bien, tal posibilidad debe 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 de Nueva York de 1958, que prevalece sobre el RBI *bis* (cdo. 12, tercer apto.); prevalencia que queda plasmada, a su vez, en el art. 73.2º RBI *bis*, en el que se precisa que el Reglamento no afecta a la aplicación de dicho Convenio. En definitiva, con estas previsiones, el RBI *bis* aboga claramente por la prioridad del Convenio de Nueva York sobre él, lo que responde, sin duda, a procurar evitar cualquier injerencia en el ámbito internacional general por lo que al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales se refiere.

   Y es que no debe olvidarse que el Convenio de Nueva York de 1958 es un instrumento legal que se considera como el texto fundamental del Derecho internacional del arbitraje, siendo la normativa de referencia por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución, tanto de laudos dictados en Estados distintos de aquél en el que se pretenda su reconocimiento y ejecución, como de los que no sean considerados nacionales en el Estado de que se trate o no se les aplique la ley del foro, todo lo cual sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados parte puedan limitar su aplicación, acogiendo la reserva de reciprocidad o la de comercialidad. Por lo que respecta a España, y teniendo en cuenta que no se ha acogido a ninguna

de estas dos reservas, el art. 46.2 de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, por lo que al exequátur de los laudos extranjeros se refiere, remite a las disposiciones del Convenio de Nueva York, aunque eso sí, consagrándose la posibilidad de emplear la regla de efectividad máxima que, como se sabe, permite aplicar las disposiciones de otros convenios más favorables que el de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

En relación con estos extremos, destacar por último dos ideas. De un lado que, por lo que se refiere al procedimiento para el reconocimiento o ejecución del laudo, puesto que el Convenio de Nueva York no establece un procedimiento determinado, dejando tal regulación a la legislación interna de cada Estado, la solución dada por el legislador español en este punto, ha sido la de remitirse al procedimiento previsto para la ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Y de otro, que aunque si bien es cierto que el art. 39 RBI *bis* señala que «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él, gozarán también de ésta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva», tal previsión no da cobertura a los laudos, de modo que por mucho que éstos gocen de fuerza ejecutiva en un Estado miembro, tal y como así ocurre en España en que los laudos arbitrales son título ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el art. 517.2 de la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, tal previsión del RBI *bis* no resulta de aplicación en estos casos.

c) Finalmente, el considerando 12 señala, en su último apartado, que el RBI *bis* 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. Como se verá, con esta previsión, en la que se incluye un catálogo de cuestiones excluidas que no conforma una enumeración *numerus clausus*, siendo el listado meramente indicativo y, en ningún caso, exhaustivo, el RBI *bis* viene a reconocer un importante margen de decisión a los tribunales nacionales respecto de las cuestiones relacionadas con la materia arbitral.

4. Conclusiones

Sentado todo lo anterior, y ya a modo de conclusión, simplemente señalar que, aunque las modificaciones introducidas en el RBI *bis* en materia arbitral, como hemos visto, confieren al arbitraje una mayor protección a nivel europeo, ya que con ellas se evitan, en cierta medida, el uso de tácticas procesales abusivas frente a él, ofreciéndose, a su vez, una mayor seguridad jurídica a los acuerdos de arbitraje, tales modificaciones no ofrecen solución a algunos de los problemas que plantea el arbitraje en relación con el RBI *bis*. Así, a modo de ejemplo, baste con pensar en supuestos en los que un tribunal de un Estado miembro conozca de un asunto respecto del que exista un convenio arbitral y dicte sentencia sobre el fondo, al estimar que aquél no era válido; y, por otro lado, un tribunal de otro Estado miembro o bien uno arbitral, consideren, contrariamente a lo que estimó el primero, que el convenio arbitral sí era válido. Parece lógico que ante tales supuestos, quien esté en desacuerdo con la sentencia dictada por el tribunal pronunciándose sobre la validez del convenio arbitral, podrá incoar en otros Estados miembros, procedimientos jurisdiccionales similares.

(Autor: Clara Fernández Carron. Profesora Contratada Doctora de la Universidad Complutense de Madrid).

Referencias normativas: 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; 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; Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 19 de octubre de 2005; Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968; Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; Libro Verde de la Comisión (2009) sobre la revisión del 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; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia civil y mercantil de 14 de diciembre de 2010 (COM 2010); Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; y Ley n.º 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil.

Referencias bibliográficas: Arenas García, R. «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento n.º 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias». En *Arbitraje,* vol. ii, n.º 2, 2009, pp. 401-427 (disponible en: http://blogs.uab.cat/adipr/files/2009/03/comentario-a-west-tankers.pdf). De Miguel Asensio, P.A. «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones». En *Diario La Ley,* n.º 8013, Sección Tribuna, de 31 de enero de 2013. Fernández Rozas,

J.C. «El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro». En *La Ley Unión Europea,* i (9), 2013, pp. 5-23. Gómez Jene, M. «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento n.° 44/2001». En *Cuadernos de Derecho Transnacional,* (marzo 2010), vol. 2, n.° 1, pp. 339-358; y «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I». En *Diario La Ley,* n.º 7601, Sección Tribuna, de 31 de marzo de 2011. Guinchard, E. (dir.). *Le nouveau règlement Bruxelles I Bis. Règlement n.*º 1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciare, la reconnaissance et l´exécution des décisions en matière civile et commerciale. París: Bruylant, 2014. Maestre Casas, P. «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 (refundición) [DOUE L 351, de 20-XII-2012]». En *Ars Iuris Salmanticensis* [S.l.], vol. 1, n.º 1, pp. 193-196, julio 2013 (disponible en: http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/11474). Portillo, T. y A.M. Rodríguez. «Tratamiento del arbitraje en 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». En *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje,* n.° 17, 2013, pp. 55-67. Senés Motilla, C. «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 (Bruselas I *bis*), en *e-DICTVM,* n.º 14, febrero del 2013 (disponible en http://dictumabogados.com/files/2013/02/RESEÑA-LEGISLATIVA-Carmen-Senés-febrero2013.b.pdf).

Vocablos conexos: Arbitraje. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Competencia judicial. Reconocimiento y ejecución de laudos.

Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (ver: Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento 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)

Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi-Uncitral

El Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi puede decirse que es uno de los textos de la Uncitral que más éxito ha tenido, superando, incluso, las previsiones de sus redactores. En el Preámbulo del Reglamento se señalan sus objetivos: «el establecimiento de normas de arbitraje especial (más apropiadamente en inglés: *ad hoc*) para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales».

Después de treinta años de vigencia del reglamento de 1976, la Cnudmi decidió en el año 2006 iniciar los trabajos de reforma del reglamento, aprobándose el nuevo reglamento en junio del 2010. Aunque en esos años, ha quedado demostrado el éxito del reglamento, el arbitraje ha evolucionado de forma espectacular durante ese tiempo –tanto por razón de su utilización creciente, como por la evolución en el pensamiento jurídico–, lo que lleva a la necesidad de adoptar un nuevo reglamento que tenga en cuenta los avances producidos en el arbitraje comercial internacional. Animado por la propuesta de uno de los padres del reglamento de 1976, el profesor Pete Sanders, quien inició en la doctrina la idea de modificar las reglas en varios trabajos doctrinales, la Cnudmi; y, específicamente, el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación, bajo la presidencia del delegado de Suiza, el señor Michael Schneider, inició los trabajos en la materia en la sesión correspondiente a septiembre del 2006 sobre la base de un trabajo previo encargado por la Cnudmi a los señores Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, y bajo la pauta establecida por la Comisión al respecto: «no se debía alterar la estructura, el espíritu, ni el estilo del texto y se debía respetar su flexibilidad, en lugar de hacerlo más complejo».

Lógicamente, el Grupo de Trabajo de la Cnudmi tuvo en cuenta a la hora de modificar el reglamento, tanto el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de 1985 modificada en el año 2006, aunque se entendió que la armonización no debía ser automática, como los modernos reglamentos de arbitraje institucional, como los de la Cámara de Comercio Internacional, el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y la Asociación Suiza del Arbitraje.

Aunque, inicialmente, el GT sobre arbitraje decidió concentrar sus esfuerzos en modificar el reglamento, teniendo en cuenta el arbitraje mercantil, en general, referencias constantes fueron realizadas al arbitraje de inversiones. Y así, finalmente, tras la revisión de las reglas desde esa perspectiva general, el Grupo decidió acometer la labor de redactar reglas específicas para el arbitraje de inversiones en un momento posterior.

Como se sabe, hay dos tipos de arbitraje: institucional, bajo la égida de una institución arbitral que se encarga de la administración del arbitraje y el arbitraje *ad hoc*. El éxito del arbitraje institucional hoy en día es indudable en comparación con los arbitrajes *ad hoc*. A grandes rasgos, el arbitraje *ad hoc* está pensado para aquellas situaciones en que las partes quieren controlar totalmente el procedimiento arbitral. Por ello, resulta adecuado para litigios importantes, con abogados experimentados en arbitraje y en los que se quiere mantener la confidencialidad absoluta. Lo más llamativo del reglamento frente a los arbitrajes institucionales, es el siste-

ma diseñado para el nombramiento de árbitros. Al no existir una institución administradora, las partes deben poder auxiliarse de un tercero, la denominada autoridad nominadora (persona o institución) encargada de realizar aquellas funciones del arbitraje que las partes por sí solas no quieren o no pueden realizar. Por ejemplo, en materia de nombramiento de árbitros si las partes no se ponen de acuerdo acerca del nombramiento, la autoridad nominadora será la encargada de hacerlo. Para ello, las partes han de ponerse de acuerdo en dicha autoridad, y si no lo hacen institucionalmente bajo el reglamento, esta misión está encomendada a la autoridad designadora que recae en el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya. El Secretario se encargará de designar a la autoridad nominadora.

El Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi no sólo se utiliza en arbitrajes *ad hoc*, sino también en arbitrajes institucionales por medio de la total o parcial inclusión del reglamento de la Cnudmi en los vigentes reglamentos de arbitraje; o, incluso, sucede que algunos países lo incorporan como anexo a sus leyes de arbitraje, formando parte, pues, de la legislación nacional de un país (por ejemplo, en Nigeria).

Una variación respecto de lo anterior, es que las partes sometan su arbitraje al reglamento, pero soliciten a una institución que lo administre, posibilidad que queda sujeta a la aceptación de la insitutición. Por ejemplo, ha sido posible en arbitrajes de inversión cuando se decidió consolidar varios procedimientos –unos ante el Ciadi y otros *ad hoc*– bajo el Reglamento Uncitral siendo el Ciadi la institución administradora. *Vid*., Horn, Norbert. «Current Use of the Uncitral Arbitration Rules in the Context of Investment Arbitration». *Arbitration International*, vol. 24, n.º 4 (pp. 587-601), p. 595, en relación con «La decisión sobre jurisdicción», 3 agosto 2006: *AWG Group Ltd vs. Argentina*. Otro ejemplo es la declaración del gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre la solución de las reclamaciones presentadas por el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica del Irán, 19 de enero de 1981 (art. III.2).

Otra forma de aceptación ha sido el ofrecimiento de los servicios administrativos de una institución arbitral en acuerdos de cooperación entre asociaciones de arbitraje o cámaras de comercio y en recomendaciones o cláusulas tipo que prevé la utilización del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi. Así, el ejemplo más destacado, es la cláusula compromisoria optativa utilizada en los contratos del comercio EEUU-URSS de 1977 (elaborada por la Asociación Estadounidense de Arbitraje y la Cámara de Comercio e Industria de la URSS), actuando la Cámara de Comercio de Estocolmo como autoridad nominadora.

Como guía, el reglamento se ha utilizado también en relación con la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas (UNCC), que fue creada en 1991 como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas con el objetivo de liquidar las reclamaciones y pago de compensaciones por pérdidas y daños sufridos como consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por parte de Iraq. El Consejo de Gobierno de la UNCC aprobó sus reglas de procedimiento, considerando en su art. 43 que los comisionados podrían añadir cuantas reglas procesales estimarán oportuno, siguiendo a estos efectos la guía del Reglamento Uncitral. Véase, por ejemplo, Decisión n.° 10: [S/AC.26/1992/10; 26 June 1992]. *Provisional Rules for Claims Procedure*, disponibles en: http://www.uncc.ch/decision/dec_10.pdf.

Destaca, igualmente, la utilización del Reglamento fuera de las disputas puramente comerciales entre dos partes privadas. Y ello tanto porque puede alcanzar a disputas civiles como a disputas entre Estados o con un componente estatal. Ejemplo destacado es la PCA que a través de sus diversos reglamentos opcionales ha adoptado el Reglamento de la Cnudmi aunque, con algunas variaciones, en sus diferentes reglamentos opcionales, que están disponibles en www.pca-cpa.org.

Otro de los aspectos importantes del reglamento es su utilización en los casos de arbitrajes entre Estados e inversionistas. Aunque, inicialmente, no quedaba claro si el reglamento acometería sus trabajos también haciendo hincapié en cuestiones como las de la transparencia en el arbitraje de inversión, finalmente, se decidió concentrar los esfuerzos y el tiempo del Grupo de Trabajo en modificar el reglamento, teniendo en cuenta el arbitraje mercantil, en general, lo que ciertamente no impidió referencias constantes al arbitraje de inversiones, dejando para un momento posterior la labor de redactar reglas específicas para el arbitraje de inversiones. Fue decisión de la Comisión que, tras finalizar el reglamento revisado, el Grupo de Trabajo iniciara los trabajos en materia de transparencia en el arbitraje de inversiones, cuestión que, precisamente, es la que está actualmente discutiendo el Grupo de Trabajo II de la Cnudmi y que está a punto de finalizar en la próxima sesión de la Comisión en julio del 2013.

En la actualidad, las inversiones en países extranjeros por parte de un empresario de un país, suelen estar protegidas por tratados de inversión, particularmente, por Tratados Bilaterales de Inversión (BITs en inglés). España, por ejemplo, tiene suscritos unos 70 BIT's con diferentes países en los que se otorga al inversionista protección jurídica y garantías para su inversión y a las que puede reclamar frente al Estado inversor. En estos

Tratados Bilaterales de Inversión se prevé el arbitraje como fórmula de resolución de controversia. Jurídicamente, las disposiciones sobre arbitraje del Tratado se conciben como una oferta de sometimiento a arbitraje que realiza el Estado frente al inversionista; oferta que es aceptada por el inversionista cuando somete su disputa.

Para ello, al inversionista se le ofrece, generalmente, varias alternativas: bien arbitrar al amparo del Convenio de Washington; esto es, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington D.C., el 18 de marzo de 1965 (RCL 1994, 2584); un arbitraje ante el mecanismo complementario del Ciadi; o a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1976.

Lógicamente, en este ámbito del arbitraje, el Reglamento Uncitral se utiliza con frecuencia. De conformidad con el estudio *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, 2008, elaborado por Price Waterhouse Coopers (PWC) y el School of International Arbitration de la Universidad de Queen Mary (disponible en: http://www.pwc.co.uk/pdf/PwC_International_Arbitration_2008.pdf), p. 7, el porcentaje de arbitrajes *ad hoc* en arbitrajes de inversión, es de un 33% frente al 67% que escoge arbitraje institucional.

En relación con el arbitraje internacional, en general, el estudio revela que el 86% de los laudos emitidos en los diez últimos años, fueron en arbitrajes institucionales, mientras que el 14% lo fueron en arbitrajes *ad hoc*, siendo el estudio consistente con los resultados obtenidos en 2006 (*id*., p. 8). Debe, no obstante, resaltarse que, si bien las instituciones arbitrales publican sus estadísticas, conocer el porcentaje de arbitrajes *ad hoc* es mucho más complejo, por lo que, posiblemente, el porcentaje sea más alto.

Del mismo modo, los tratados multilaterales ofrecen al inversor un posible arbitraje *ad hoc*, conforme al Reglamento Uncitral. Así sucede, singularmente, al hilo del capítulo xi Nafta, DR-Cafta, o el Tratado sobre la Carta de la Energía, donde también se establece que el Reglamento Cnudmi servirá para la resolución de las disputas entre los Estados contratantes (art. 27).

Precisamente, otro de los campos donde el Reglamento se está utilizando con éxito, es en disputas de Derecho internacional público. Por ejemplo, según recién se ha indicado, disputas en relación con la interpretación y aplicación de un tratado, como sucede con el Tratado sobre la Carta de la Energía (art. 27), los Tratados Bilaterales de Inversión; por ejemplo, US Model BIT (2004), art. 37.1; o la Declaración de Argelia (art. ii.3 *Claims Settlement Declaration*, 19 enero 1981); disputas entre Estados por cuenta de delimitación de fronteras, ya sea territoriales o marítimas, daños y perjuicios causados por guerras, etc. En ocasiones, se utiliza de forma supletoria el reglamento, como sucede en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (art. 188.2 c), o un procedimiento específico que viene a ser el Reglamento de la Uncitral con modificaciones.

El *Iran-United States Claims Tribunal* que deriva de la crisis entre Irán y USA, por cuenta de la detención de 52 ciudadanos estadounidenses en la embajada de EE.UU. en Teherán en noviembre de 1979, y que dio lugar a que EE,UU., como represalia, tomara medidas económicas contra Irán (básicamente, EE.UU. impidió cualquier movimiento de tipo financiero, lo que causó, a su vez, innumerables disputas comerciales entre empresas y los Estados de la República de Irán y de EE.UU., incluidas también disputas entre entidades bancarias de los dos países, aunque también se dieron disputas puramente relacionadas con el Derecho internacional público).

Todas estas reclamaciones –incluso las ya empezadas ante tribunales estatales– se sometieron a arbitraje bajo el Reglamento de la Uncitral, aunque con modificaciones, a este tribunal especial con sede en La Haya, bajo los acuerdos de Algeria. Todavía finalizando las últimas disputas, cerca de 4,000 laudos han recaído por el tribunal especial, por lo que ésta constituye una de las fuentes públicas más importantes para conocer el funcionamiento del reglamento. La base del Acuerdo se halla en el *Claims Settlement Declaration*, 19 enero 1981, por el que se estableció el *Iran-United States Claims Tribunal*, que aprobó su procedimiento (*Tribunal Rules of Procedure*), el 3 de mayo de 1983.

Al mismo tiempo, la práctica arbitral demuestra que el reglamento se usa, tanto para disputas nacionales, como internacionales.

Además, si se observa la influencia del Reglamento de Arbitraje en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (España es país Ley Modelo desde el año 2003), se puede concluir que algunos aspectos del reglamento han pasado a formar parte de las leyes de arbitraje que se inspiran en la Ley Modelo. Es más, la Ley Modelo de Arbitraje no se limitó en todas las ocasiones a copiar, simplemente, al reglamento, sino que en varios aspectos se muestra como una versión moderna del mismo. No sorprende, pues, que la

mayoría de las instituciones de arbitraje sigan el lenguaje «mejorado» de la Ley Modelo de Arbitraje, incluso que esas mismas instituciones lo mejoren.

Entre las modificaciones operadas en el Reglamento Cnudmi (2010), destacan:

- La adecuación de todo el texto del reglamento al arbitraje multiparte, así como a los litigios que no deriven de un contrato. Así, el reglamento precisa que se trata de litigios que dimanan de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

- La modernización y adaptación del reglamento a un entorno electrónico, por ejemplo, notificaciones vía electrónica, uso de la videoconferencia para las audiencias.

- Eliminación de ciertos vestigios históricos: La referencia al depósito del laudo (antiguo 32.7).

- Adaptación a la práctica real del arbitraje: Así se ha eliminado la posibilidad que tenían los árbitros de solicitar un resumen a las partes, pues no es acorde a la práctica real del arbitraje. Igualmente, se ha incluido la respuesta a la notificación al arbitraje. Bajo el Reglamento original a la notificación del arbitraje sigue el escrito de demanda y, posteriormente, el de contestación a la demanda. Este esquema no parece conveniente perpetuarlo en el arbitraje internacional, ya que se estima que es necesario que el demandante conozca la primera reacción del demandado en torno al litigio, incluyendo las contrademandas que pudiera tener. Por ello, con acierto, se decidió incluir una disposición relativa a la contestación a la notificación del arbitraje, siguiendo lo que es el contenido de la propia notificación, en su art. 3, y conformando así el principio de trato igual a las partes, regla básica del reglamento y en coherencia con las reglas actuales del arbitraje comercial internacional.

  La política que subyace es que, tanto la notificación del arbitraje como su respuesta, sean documentos breves que permitan a las partes establecer su posición inicial respecto del arbitraje. Tras ello, como he señalado, seguirán los escritos de demanda y contestación. Eso sí, el reglamento preserva su inicial flexibilidad de permitir a las partes que consideren la notificación o la respuesta como su escrito de demanda o contestación.

  Al mismo tiempo, la notificación del arbitraje (y, por ello, también la respuesta) ha visto aumentado el número de elementos que deben incluirse, tanto obligatorios como opcionales, con el objetivo de agilizar el procedimiento evitando, con posterioridad, discusiones innecesarias en torno a ciertos elementos que pueden ahora ser anticipados. Por ejemplo, dentro de los elementos que ahora deberán figurar necesariamente, están las propuestas en torno al lugar del arbitraje o el idioma del arbitraje. Por su parte, la respuesta ha considerado un elemento opcional que puede anticiparse en la respuesta: objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral.

- Nuevos cometidos para el Secretario de la PCA: Se ha previsto otorgar un mayor papel a la PCA que podría, por ejemplo, ser autoridad nominadora si así lo deciden las partes.

Para finalizar, indicar la relevancia que tiene el Reglamento Cnudmi para el arbitraje español, en el marco de los sectores regulados. Así, el Real Decreto n.º 657/2013 de 30 de agosto de 2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE n.º 209 31 de agosto de 2013, establece en el art. 46, relativo a la función arbitral, que:

> Art. 46.- Función arbitral
> 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.
> 2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.
> 3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid).

Referencias bibliográficas: Avenessian, A. *Iran-United States Claims Tribunals in Action* (1993). Aldrich, G. *The jurisprudence of the Ian-United States Claims Tribunal* (1996). Brower/Bruescchke. *The Iran-United States Claims Tribunal* (1998). Caron/Caplan/Pellonpää. *The Uncitral Arbitration Rules. A Commentary.* Oxford: Oxford University Press, 2006. Griffith, G./A.D. Mitchelll. «Contractual Dispute Resolution in International Trade: the Uncitral Arbitration Rules (1976) and the Uncitral Conciliation Rules (1980). *Legal Studies Research Paper*. Melbourne: Melbourne Law School, 2007, n.º 217, pp. 184-199. Levine, J. *Current Trends in International Arbitral Practice as reflected in the revision of the Uncitral Arbitration Rules*. *Transnational Dispute Management,* 6:1, March 2009. Perales Viscasillas/I. Torterola (dirs.). *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi 2010*. Buenos Aires: Legis, 2011, 510 pp. Sanders, P. *The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation* (2001); Van Hof, J. *Commentary on the Uncitral Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunals* (1991).

Vocablos conexos: *American Arbitration Association* (AAA). Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje del Estado (Arbitraje en contratos públicos). Arbitraje institucional. Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Reglamento y Reglas Ciadi. Reglamento de Mecanismos Complementarios del Ciadi. Reglamento Arbitral.

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

El Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (en adelante, el «Reglamento Suizo» o *Swiss Rules* en inglés) fue adoptado en el año 2004 por distintas Cámaras de Comercio e Industria suizas (las Cámaras de Basilea, Berna, Ginebra, Neuchâtel, Tesino, Vaud y Zúrich, en adelante, las «Cámaras»), con el fin de armonizar sus reglamentos de arbitraje.

Está basado en el Reglamento Uncitral (Cnudmi) de Arbitraje de 1976, al cual se hicieron dos tipos de modificaciones: en primer lugar, aquellas modificaciones necesarias para adaptar al arbitraje institucional el Reglamento Uncitral diseñado para el arbitraje *ad hoc*; en segundo lugar, modificaciones y añadidos que reflejan la práctica moderna del arbitraje internacional (por ejemplo, los procedimientos con multiplicidad de partes, la acumulación de arbitrajes, la incorporación de partes adicionales, o la creación de un procedimiento abreviado, bajo el cual el laudo tendrá que ser dictado en un plazo de seis meses y que se aplica si el monto en litigio es inferior a 1'000,000.00 CHF (alrededor de 1'000,000.00 USD) o si las partes lo han acordado).

En el año 2010, se llevó a cabo una revisión del Reglamento Suizo con el objetivo de incorporar cambios menores, basados en la experiencia adquirida desde 2004, e introducir algunos conceptos nuevos, como el procedimiento de emergencia. El nuevo Reglamento Suizo revisado entró en vigor el 1 de junio de 2012.

El Reglamento Suizo es aplicable a aquellos arbitrajes en los que en un convenio arbitral se refiera al Reglamento Suizo o a los reglamentos de arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Neuchâtel, Tesino, Vaud, Zúrich o a los de cualesquiera otras Cámaras de Comercio e Industria que, posteriormente, adopten el Reglamento Suizo (art. 1.1).

La sede del arbitraje que las partes designen podrá estar en Suiza o en cualquier otro país (art. 1.2).

Entre 2004 y 2012, alrededor de 600 arbitrajes se han llevado a cabo de conformidad con el Reglamento Suizo. 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 este procedimiento ha satisfecho una necesidad real de los usuarios.

1. Una administración sencilla pero eficiente

El arbitraje bajo el Reglamento Suizo está administrado por la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas (*Swiss Chambers' Arbitration Institution*). En el seno de la Institución de Arbitraje, existe una Corte de Arbitraje y una «Secretaría» con oficinas en las siete ciudades cuyas Cámaras de Comercio han adoptado el Reglamento Suizo.

Al someterse al arbitraje según el Reglamento Suizo, las partes confieren a la Corte de Arbitraje, en la medida en que la ley aplicable al arbitraje lo permita, todas las facultades necesarias para ejercer la supervisión de los procedimientos arbitrales que, de otro modo, recaerían en la autoridad judicial competente, incluida la facultad de ampliar el mandato del tribunal arbitral y decidir sobre la recusación de un árbitro (art. 1.4).

La Corte de Arbitraje desempeña, en particular, las funciones siguientes: (i) establece el número de árbitros, si las partes no lo han acordado (art. 6); (ii) confirma a los árbitros designados por las partes o por los árbitros (art. 5.1); (iii) nombra a los árbitros cuando una o más partes no designen a uno (art. 7 y 8); (iv) se pronuncia sobre las solicitudes de recusación de un árbitro (art. 11) y puede revocar a un árbitro (art. 12); (v) designa la sede del arbitraje, si las partes aún no han establecido la sede o si la designación está incompleta o no es clara (art. 16); (vi) decide si acumulará procedimientos arbitrales o no (art. 4.1); si las circunstancias así lo justifican, amplia o acorta los plazos que haya fijado o que tenga facultad para fijar o modificar (art. 2.3); debe aprobar o ajustar la determinación de las costas del arbitraje realizada por los árbitros (art. 40.4).

De acuerdo con el art. 5.3, en caso de producirse alguna dificultad en la constitución del tribunal arbitral, la Corte de Arbitraje tendrá todas las facultades para resolverla y, en particular, podrá revocar cualquier nombramiento realizado, nombrar o volver a nombrar a cualquiera de los árbitros y designar a uno de ellos como presidente del tribunal arbitral. Esta nueva disposición tiene por objetivo garantizar la presta constitución del tribunal arbitral, incluso en casos en los que surja una dificultad que no se contemple en el Reglamento Suizo.

Por su parte, la Secretaría asiste a la Corte de Arbitraje. Desempeña una función importante en la etapa inicial del procedimiento: la Secretaría recibe la notificación del arbitraje (art. 3.11); evalúa la exhaustividad de la notificación del arbitraje y, de ser necesario, da al demandante la oportunidad de subsanar los posibles defectos (art. 3.5); traslada «sin dilación» la notificación del arbitraje al demandado (art. 3.6); y requiere al demandado que responda a la notificación del arbitraje (art. 3.7).

A diferencia del Reglamento del 2004, la Secretaría debe, en el nuevo Reglamento, comunicar al demandado la notificación del arbitraje sin dilación, incluso si manifiestamente no existe un convenio arbitral que haga referencia al Reglamento Suizo. Esta modificación fue impulsada por la idea que un demandado puede aceptar someterse a un arbitraje regido por el Reglamento Suizo, incluso si el contrato no contiene ninguna estipulación a tales efectos. En dicho caso, la aceptación del demandado subsana la falta de referencia al Reglamento Suizo en el contrato. Si el demandado no responde a la notificación del arbitraje o no plantea ninguna objeción a la administración del arbitraje según el Reglamento Suizo, la Corte de Arbitraje administrará el arbitraje, salvo si manifiestamente no existe ningún convenio arbitral que se refiera al Reglamento Suizo (art. 3.12).

El Reglamento Suizo mantiene la autonomía de las partes, así como la flexibilidad necesaria de los tribunales arbitrales para definir el procedimiento de la mejor manera, en función de las especificidades de cada caso. Esto explica, por ejemplo, que el Reglamento Suizo no exija que el tribunal arbitral elabore un acta de misión ni mantenga una reunión sobre la conducción del procedimiento (*case management meeting*) al principio del arbitraje.

Por muy sencilla que sea la administración del procedimiento arbitral, debe; sin embargo, ser eficiente, lo que implica tomar algunas medidas sin dilación. Por ejemplo, las solicitudes de recusación deben presentarse ante la Secretaría dentro de los quince días siguientes al conocimiento de las circunstancias que fundan la solicitud (art. 11.1). El requisito de actuar con celeridad no sólo se aplica a los partes, sino también a la Institución: si dentro del plazo de quince días a partir de la fecha de la notificación de la solicitud de recusación, no todas las partes están de acuerdo con la recusación o el árbitro en cuestión no demite, la Corte de Arbitraje decidirá al respecto de la recusación (art. 11.2).

2. Acumulación de procedimientos arbitrales e incorporación de partes adicionales

Sobre la acumulación de procedimientos arbitrales, el art. 4.1 prevé que cuando se presente una notificación del arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el presente Reglamento, la Corte decidirá, tras consultar a todas las partes implicadas y a los árbitros confirmados en dichos procedimientos, si este nuevo caso ha de ser acumulado al procedimiento arbitral pendiente. La Corte tomará en cuenta en su decisión, todas las circunstancias relevantes, incluyendo el vínculo entre los expedientes y la situación procesal en la que se encuentre el procedimiento pendiente. Cuando la Corte decida acumular el nuevo caso con el procedimiento arbitral pendiente, podrá o bien remitir el nuevo procedimiento al tribunal arbitral ya constituido en el procedimiento pendiente, o bien revocar todas las confirmaciones efectuadas y establecer un nuevo tribunal arbitral para que decida sobre el caso consolidado. Estas reglas se aplican aun cuando las partes a los distintos procedimientos sean distintas.

En cuanto a la incorporación de partes adicionales, el art. 4.2 prevé que si uno o más terceros solicitan participar en un procedimiento arbitral pendiente conforme al Reglamento o si una de las partes en un

procedimiento arbitral pendiente regido por el Reglamento, solicita que uno o más terceros participen en el arbitraje, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con todas las partes, incluidas la parte o partes a incorporarse, tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

3. Independencia, imparcialidad y recusación de los árbitros

Todo árbitro que desempeñe sus funciones en un arbitraje regido por el Reglamento Suizo deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en todo momento. Deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia (art. 9.1 y 9.2).

Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia (art. 10.1). Si una parte desea recusar a un árbitro, deberá notificar la recusación a la Secretaría dentro de un plazo de quince días a partir del momento en que tal parte obtuvo conocimiento de las circunstancias que den lugar a la recusación. Si, dentro de los quince días a partir de la fecha en que se notifique la recusación, todas las partes no llegan a un acuerdo sobre la recusación o el árbitro recusado no renuncia, la Corte decidirá sobre la recusación. La decisión de la Corte es definitiva y la Corte no tiene obligación de exponer las razones de su decisión. (art. 11.1-11.3).

4. Derecho aplicable

El tribunal arbitral decidirá el caso conforme a las normas jurídicas que las partes hayan acordado, o, en ausencia de una elección del Derecho aplicable, con arreglo a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha con el litigio. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o ex *aequo et bono* sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello. 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 (art. 33).

5. Procedimiento arbitral

El tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre y cuando garantice a las partes igualdad de trato y el derecho a ser oídas (art. 15.1). Todos los documentos o informaciones que una parte proporcione al tribunal arbitral deberán ser comunicados simultáneamente a las otras partes (art. 15.4).

El art. 15.7 prevé que todos los participantes en el procedimiento arbitral (es decir, tanto los árbitros como las partes) actuarán de buena fe y harán todo lo posible para contribuir al desarrollo eficaz del procedimiento y para evitar gastos y demoras innecesarias. Si bien no existe una sanción expresa asociada al posible incumplimiento de este deber por las partes, deben tener presente que el tribunal arbitral tendrá en cuenta sus conductas obstruccionistas en el momento de asignar las costas.

Si una parte sabe que no se ha cumplido con alguna disposición del Reglamento Suizo, o con cualquier otra regla de procedimiento aplicable; y, sin embargo, sigue adelante con el arbitraje sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, se considerará que ha renunciado a su derecho a formular una objeción al respecto (art. 30).

6. Medidas provisionales

El art. 26 da amplios poderes al tribunal arbitral en materia de medidas provisionales.

El tribunal arbitral puede otorgar las medidas provisionales que estime necesarias o apropiadas, y puede hacerlo en forma de laudo provisional. A instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales y previa comunicación a las partes, por iniciativa propia, el tribunal arbitral podrá, asimismo, modificar, suspender o revocar toda medida provisional que haya otorgado. El tribunal arbitral tiene la facultad de ordenar la constitución de una garantía apropiada (art. 26.1 y 26.2).

El art. 26.3 prevé la posibilidad de ordenar medidas provisionales *ex parte* (es decir, antes de que la solicitud de medidas provisionales sea comunicada a la otra parte) en circunstancias excepcionales, por medio de una orden preliminar, siempre y cuando tal comunicación se realice, a más tardar, en el momento de comunicar la orden preliminar y se otorgue inmediatamente a las demás partes la oportunidad de ser oídas.

El tribunal arbitral podrá decidir sobre toda demanda de indemnización por daños y perjuicios causados por una medida provisional u orden preliminar injustificada (art. 26.4).

Para eliminar toda duda al respecto, el art. 26.5 precisa que, al someter su controversia a arbitraje bajo el Reglamento, las partes no renuncian a cualquier derecho que pudieran tener conforme al Derecho aplicable de solicitar la adopción de medidas provisionales ante una autoridad judicial. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida por cualquiera de las partes a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el convenio arbitral ni constituirá una renuncia a ese convenio.

7. Laudo arbitral

El laudo (o cualquier otra decisión del tribunal arbitral) se dictará por la mayoría de los árbitros. Si no hubiese mayoría, el laudo será dictado únicamente por el presidente del tribunal (art. 31.1).

El laudo se dictará por escrito y será definitivo y vinculante para las partes. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido que no se den razones (arts. 31.1 y 31.2).

Las partes se comprometen a cumplir sin demora cualquier laudo u orden dictada por el tribunal arbitral (art. 15.7).

8. Confidencialidad

El art. 44.1 prevé que, salvo acuerdo expreso en contrario por escrito, las partes se comprometen a mantener confidenciales todos los laudos y las órdenes, así como todos los documentos presentados por las otras partes en el marco del procedimiento arbitral que no se encuentren en el dominio público, a menos que su divulgación sea requerida de una parte con base a una obligación legal, para proteger o ejercer un derecho o ejecutar o impugnar un laudo en un procedimiento ante una autoridad judicial.

Este compromiso se aplica también a los árbitros, a los peritos nombrados por el tribunal, al secretario del tribunal arbitral y a los miembros del consejo directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas, los miembros de la Corte y de la Secretaría y al personal de las Cámaras.

9. Procedimiento abreviado

El art. 42 del Reglamento Suizo revé un «procedimiento abreviado» que se aplica si las partes lo han acordado o si el monto en litigio (sumando la demanda y la reconvención) es inferior a 1'000,000.00 CHF (alrededor de 1'000,000.00 USD).

El caso se remitirá a un árbitro único, salvo que el convenio arbitral estipule más de un árbitro (en este caso, la Secretaría invitará primero a las partes a que acuerden remitir el caso a un árbitro único).

El laudo deberá ser dictado en un plazo de seis meses a partir de la fecha en la cual la Secretaría haya trasladado el expediente al tribunal arbitral. En circunstancias excepcionales, la Corte de Arbitraje podrá ampliar este plazo. El tribunal arbitral expondrá de forma somera las razones en que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido que no se den razones.

Alrededor de un tercio de los casos administrados entre 2004 y 2012 lo fueron bajo el procedimiento abreviado, lo que confirma que este procedimiento correspondía a una necesidad real de los usuarios.

10. Procedimiento de emergencia

La disposición relativa al procedimiento de emergencia (*emergency relief proceedings*, art. 43) es totalmente nueva en el Reglamento Suizo revisado. El objetivo de este nuevo mecanismo era llenar la laguna que existía antes de la constitución del tribunal arbitral. Durante este período, si una de las partes necesita una medida urgente, no tiene otra opción que presentarse ante un juzgado. Si bien en muchos casos resulta eficiente y apropiado hacerlo, existen situaciones en las que no es posible o no es conveniente. En tales casos, a menos que las partes hayan acordado lo contrario, ahora una parte en un convenio arbitral sometido al Reglamento Suizo podrá obtener medidas cautelares urgentes por parte de un árbitro de emergencia (*emergency arbitrator*).

Lo antes posible tras la recepción de la solicitud de medidas de emergencia, del pago de un arancel de registro de 4,500.00 CHF y de una provisión de 20,000.00 CHF, la Corte de Arbitraje nombrará y remitirá el expediente a un árbitro de emergencia (a menos que la Corte de Arbitraje considere que manifiestamente

no existe un convenio arbitral que haga referencia al Reglamento Suizo o que es más apropiado proceder a la constitución del tribunal arbitral y referirle la solicitud).

El árbitro de emergencia deberá dictar una decisión dentro del plazo de quince días a partir de la fecha en la que haya recibido el expediente. Su decisión tendrá los mismos efectos que una decisión de medidas cautelares del art. 26. Tanto el árbitro de emergencia como, tras la remisión del expediente al tribunal arbitral, este último podrá modificar, suspender o anular la decisión. En otras palabras, la decisión del árbitro de emergencia no es vinculante para el tribunal arbitral una vez se haya constituido. A menos que las partes acuerden lo contrario, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en ningún procedimiento arbitral en relación con un litigio en el cual haya actuado como árbitro de emergencia.

11. Las costas del arbitraje

Las costas del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros, son determinadas por el tribunal arbitral mismo (y no por la institución arbitral) en el laudo.

Los honorarios y gastos del tribunal arbitral serán determinados de acuerdo con el Arancel de Costos que figura en Anexo B al Reglamento. Serán de un monto razonable, tomando en cuenta el monto en litigio, la complejidad de la materia objeto del arbitraje, el tiempo dedicado y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso (art. 39).

El tribunal someterá el proyecto de laudo a la Corte de Arbitraje para que apruebe la determinación de las costas. La Corte tiene el poder de ajustar las costas en caso de considerarlas excesivas. Tal ajuste será vinculante para el tribunal arbitral (art. 40). Constituye una de las novedades del Reglamento revisado (en la versión del 2004, se sometía el proyecto de laudo a la Corte únicamente «para consulta»).

12. Exoneración de responsabilidad

El art. 45.1 prevé una exoneración de responsabilidad general para los árbitros, el secretario del tribunal arbitral, los peritos nombrados por el tribunal, los miembros del consejo directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas, los miembros de la Corte y la Secretaría, las Cámaras o su personal, a menos que quede demostrado que el acto o la omisión que se les reproche, es un acto ilícito doloso o se realizó con culpa grave.

13. Conclusión

El Reglamento Suizo revisado ofrece un método eficiente para la resolución de litigios y refleja una práctica arbitral moderna. Las modificaciones introducidas recientemente incrementan aún más la eficiencia del procedimiento arbitral, manteniendo la flexibilidad de los árbitros de definir el procedimiento de acuerdo con las necesidades de cada caso.

(Autora: Anne-Carole Cremades. Abogada en Schellenberg Wittmer. Ginebra).

Referencias bibliográficas: Zuberbühler, T., Ch. Müller y Ph. Habegger (eds.), *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*. Zúrich: Kluwer/Schulthess, 2013. Schlaepfer, A.V., A.C. Cremades. «El nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. v, 2012 (2), pp. 458-466.

Vocablos conexos: Arbitraje institucional. Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi/Uncitral.

Reglamentos y Reglas del Ciadi

Las disposiciones del Convenio Ciadi fueron complementadas mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro, de conformidad con el art. 6(1)(a)-(c) del Convenio de 1965, que incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo del Centro aprobó las enmiendas al Reglamento y las Reglas del Ciadi, que entraron en vigor el 1 de enero de 2003.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático. U. de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi).

REGLAS DE ROTTERDAM

1. Introducción a las Reglas de Rotterdam

Tras varios años de trabajos y deliberaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral), el 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General de dicho organismo acordó aprobar el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, conocido como las Reglas de Rotterdam (en adelante, RR). La entrada en vigor de dichas Reglas, supondrá importantes cambios respecto del régimen jurídico actualmente aplicable al transporte internacional de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque, en su intento de desarrollar y modernizar las conocidas como Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, así como en la regulación de contratos de transporte internacional multimodal, donde la fase relevante es la marítima. La inclusión en esta Enciclopedia del arbitraje regulado por las RR, se justifica porque es un convenio internacional marítimo que regula expresamente el arbitraje en el ámbito de su objeto.

2. Ámbito de aplicación de las Reglas de Rotterdam

Las disposiciones establecidas en las RR sólo resultan aplicables a aquellos contratos de transporte de ámbito internacional, en el sentido establecido por las mismas. Las RR se aplicarían, con carácter necesario (con excepción de los contratos de volumen, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 80 de las RR) cuando, bien el lugar de la recepción, o bien el de la entrega, o bien el puerto de carga o bien el de descarga, estuvieren situados en un Estado contratante.

No obstante, estas Reglas no resultan de aplicación a los contratos de fletamento o a cualesquiera otros contratos de utilización de un buque. De ahí que, con carácter general, se establezca su aplicación a los transportes de línea regular (excluidas las relaciones nacidas al amparo de un contrato de fletamento o de utilización); no así a los transportes no regulares (excepto a aquellas relaciones que no deriven del contrato de fletamento o de utilización, sino de la emisión de un documento de transporte o cuando las partes, voluntariamente, hubieren acordado incorporar expresamente al contrato, el régimen de las RR).

En todo caso, las disposiciones de las RR que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, resultarán aplicables con independencia de la naturaleza de la acción que se ejercitare contra el porteador, la parte ejecutante marítima, sus empleados o contra el capitán o miembros de la tripulación, al amparo de un hecho que, conforme a las citadas Reglas, sea generador de tal responsabilidad.

3. Elementos formales del contrato de transporte

Las RR establecen, con carácter general, una detallada regulación de los elementos formales en relación con el contrato de transporte y los documentos de transportes, considerándolos pruebas formales de distinta naturaleza. De un lado, el contrato de transporte, a los efectos de las RR, es aquél en virtud del cual el porteador, a cambio de un flete, se compromete al transporte total o parcialmente marítimo de mercancías. Se establecen normas especiales respecto al denominado contrato de volumen, modalidad del contrato de transporte consistente en el compromiso de trasladar una determinada cantidad de mercancías en sucesivas expediciones que han de llevarse a cabo en el período acordado.

De otro lado, el documento de transporte (negociable, no negociable o electrónico) sería aquél que, expedido al amparo de un contrato de transporte, acredite la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, y constituye prueba o incorpora un contrato de transporte. Dicho documento ha de ajustarse al contenido referido en el art. 36 de las RR; y, siendo negociable, podrá circular conforme a las normas previstas en el art. 57 de las RR.

Dentro del régimen de responsabilidad del porteador, las RR regulan el plazo establecido para el ejercicio de las acciones, que es de caducidad (aunque prorrogable por voluntad del reclamado) de dos años a contar desde la entrega de las mercancías o, a falta de entrega, desde la fecha en que deberían haber sido entregadas. El plazo para el ejercicio de la acción de repetición deberá determinarse conforme a la *lex fori* o

será, en ausencia de disposición sobre esta materia, de noventa días a contar desde el pago de la reclamación o desde el emplazamiento para contestar a la reclamación.

4. Arbitraje

Los arts. 75 a 78 de las RR, incluidas en el capítulo 15, se refieren al arbitraje. Con carácter previo, conviene señalar que dicho capítulo 15 (al igual que ocurre respecto al capítulo 14, referido a la jurisdicción) sólo resultará aplicable a aquellos Estados contratantes que, al declarar su vinculación a las RR, opten expresamente por quedar obligados por lo dispuesto en aquél (art. 78 de las RR). Se establece, de esta forma, lo que se ha venido en llamar un sistema *opting in*, conforme al cual, la vinculación a las normas de las RR sobre el arbitraje se condicionan a su expresa aceptación. Sin duda, este sistema puede quebrar la uniformidad perseguida por las RR, con la consiguiente inseguridad que puede suponer un obstáculo para el comercio internacional. En el caso de que la mayoría de los Estados adoptaran las RR, faltaría certidumbre sobre los foros arbitrales que están permitidos.

La regulación contenida en los mencionados arts. 75 a 78 de las RR, se inspiran, en cuanto a su contenido, en el art. 22 de las Reglas de Hamburgo que, en sede de este convenio, también regula el arbitraje. Ahora bien, la propia complejidad de las RR, de la que no participan las Reglas de Hamburgo, obliga a establecer distintos regímenes jurídicos en relación con el arbitraje, acordes con las modalidades de relaciones contractuales referidas en las RR. A ello nos referiremos ahora.

En efecto, el art. 75.1 de las RR parten del principio general de que las partes son libres para, al momento de contratar (*ex ante*), pactar la resolución arbitral de toda controversia que pueda surgir en relación con el transporte de mercancías a que se refieren las RR. Este principio de libertad contractual, en ocasiones y según veremos, se sujeta a importantes limitaciones [Perales Viscasillas, M.P. *El arbitraje en las Reglas de Rotterdam*, en la obra colectiva dirigida por Illescas, R. y M. Alba. *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional.* Navarra: Civitas, 2012, pp. 452-453]. No así, sin embargo, el arbitraje *ex post*, de forma que, surgida la controversia, la decisión de resolverla en arbitraje no se sujeta, por las RR, a restricción alguna (art. 77 de las RR).

Debe afirmarse, además, el principio de libertad de forma, por lo que al convenio arbitral se refiere. De suerte que, salvo que, expresamente, así se requiera (así, en el art. 75.4 de las RR), la validez del pacto arbitral no está sujeta a formalidad alguna, siendo válido un pacto en tal sentido, incluso, aun cuando no constase por escrito (art. 3 de las RR).

Como anticipábamos, la regulación de la cláusula arbitral se hace depender de la modalidad de transporte en la que ésta haya de operar. Y así, y conforme a los arts. 75 y 76 de las RR, hemos de distinguir entre *a)* el transporte regular; *b)* el transporte realizado al amparo de un contrato de volumen; y *c)* el transporte no regular al que resulten aplicables las RR.

Por lo que al transporte regular se refiere, dispone el art. 75.2 de las RR, que en aquellas reclamaciones que se dirijan frente al porteador, el procedimiento arbitral podrá interesarse, a elección del reclamante, bien ante el lugar designado en el convenio compromisorio o bien en el Estado en el que se encuentre alguno de los siguientes lugares: *a)* el del domicilio del porteador (art. 1.29 de las RR); *b)* el del lugar contractualmente pactado para la recepción de las mercancías; *c)* el del lugar contractualmente acordado para la entrega; *d)* el del lugar del puerto inicial de carga efectiva del buque; *e)* el del lugar del puerto de descarga efectiva final. Es así que, por lo que se refiere a estas reclamaciones, el lugar designado para el arbitraje en la cláusula arbitral carece de carácter exclusivo y excluyente, pudiendo aquél que pretenda reclamar contra el porteador, optar, además, por cualquiera de los expresados lugares. Obvia el señalar que, por el contrario, las reclamaciones que ejercite el porteador sólo podrán ejercitarse en el lugar acordado en la cláusula arbitral.

Parece acertado señalar que la posibilidad de celebrar el arbitraje en diferentes lugares, puede reducir la seguridad que las partes pretenden sometiéndose al mismo. Los Estados parte que adopten el capítulo 15 de las RR, pueden reunir o no los medios necesarios para celebrar con éxito el arbitraje, pueden contar o no con la especialización y experiencia necesarias en la resolución de controversias marítimas, e incluso carecer de un sistema judicial que respalde dichos procedimientos arbitrales [Fujita, T. *Jurisdicción y arbitraje*, en la obra colectiva dirigida por Illescas, R. y M. Alba. *Las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme del transporte*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 155-156]. Al margen de ello, del régimen expuesto, no puede descartarse la aparición de serias complicaciones en los procedimientos de reconocimiento y ejecución internacional de los laudos, que con la redacción del art. 75.5 de las RR, se pretenden paliar.

Distinto es el régimen establecido en el art. 75.3 de las RR para aquellas cláusulas arbitrales acordadas en un contrato de volumen. En éstos, el lugar establecido para el arbitraje en el convenio arbitral tiene carácter vinculante para las partes de dicho contrato (obviamente, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto). Pero, además, cumplidas las previsiones establecidas en el art. 75.4 de las RR, la cláusula arbitral pactada en el contrato de volumen, será igualmente oponible a aquéllos que no sean parte de dicho contrato; ahora bien, en este supuesto, queda limitada la libertad de las partes del contrato de volumen en cuanto a la elección del lugar del arbitraje, toda vez que, para que el acuerdo compromisorio pueda ser oponible al tercero, el lugar del arbitraje acordado habrá de ser, necesariamente, uno de los establecidos en el apartado b) del art. 75.2 de las RR.

Además, la posibilidad de que dicho tercero quede vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato de volumen, requiere que la ley aplicable prevea dicha vinculación. En efecto, el art. 75.4.d) de las RR establece que una persona que no sea parte en el contrato de volumen, sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado con arreglo al párrafo 3 del art. 75 de las RR, cuando la ley aplicable prevea que dicha persona puede quedar obligada por el acuerdo de arbitraje. Este precepto implica que, potencialmente, los efectos del mismo serán distintos en función de que la cuestión sea considerada como Derecho sustantivo aplicable al contrato, o como Derecho procesal, lo que podrá conducir a problemas de aplicación.

A decir del art. 76.1 de las RR, las normas establecidas en materia de arbitraje no condicionan la eficacia de las cláusulas arbitrales incluidas en aquellos contratos de transporte referidos a un transporte no regular, pero sujetos a la aplicación de las RR. Ahora bien, y conforme al art. 76.2 de las RR, la aplicación de aquella cláusula compromisoria a las relaciones que, fundadas en un documento de transporte (o documento electrónico de transporte), queden sujetas a las RR por aplicación de lo establecido en el art. 7 de las RR, estará condicionada a que en el citado documento de transporte se identifique a las partes del contrato de transporte no regular (fletamento) y la fecha de dicho contrato, y se incorpore al documento de transporte, por remisión, el pacto compromisorio establecido en el contrato de transporte no regular (fletamento).

Nada disponen las RR sobre la ley que debe ser aplicada en el procedimiento arbitral para la resolución de la controversia sometida a arbitraje; tampoco sobre si, al amparo de las RR, queda o no proscrito el arbitraje de equidad. Ahora bien, no puede dudarse de que el carácter imperativo que resulta predicable de alguna de sus normas (art. 79 de las RR), exige su observancia en un procedimiento arbitral sujeto a las RR.

(Autores: Dra. Bárbara de la Vega Justribó, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y Julio López Quiroga. Abogado. Avante Legal. Madrid).

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA: ÁLVAREZ RUBIO, J.J. *Jurisdicción y arbitraje en el nuevo Convenio Uncitral*. EMPARANZA, A. (dir.). *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del transporte internacional de mercancías por mar.* Madrid: Marcial Pons, 2010. HOOPER, Ch.D. *Arbitration. The Rotterdam Rules 2008.* Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. La Haya: Kluwer Law International, 2010. PERALES VISCASILLAS, M.P. *El arbitraje en las Reglas de Rotterdam*. ILLESCAS, R. y M. ALBA (dirs.). *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*. Navarra: Civitas, 2012. FUJITA, T. *Jurisdicción y arbitraje*. ILLESCAS, R. y M. ALBA (dirs.). *Las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme del transporte*. Madrid: Dykinson, 2012. SÁNCHEZ CALERO, F. «El contrato de transporte marítimo de mercancías». *Reglas de La Haya-Visby*. Hamburgo-Rotterdam-Navarra: Aranzadi, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje marítimo internacional. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral). Convenio arbitral. Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral. Reservas a los tratados internacionales. Sumisión al arbitraje.

RENUNCIA A LAS FACULTADES DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. Concepto general

Bajo la rúbrica «renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral» (en inglés *waiver of the right to object*) se pretende hacer referencia a dos realidades de origen bien diferente, pero con un corolario común, cual es la imposibilidad para alguna o para ambas partes del arbitraje de ejercitar las acciones impugnatorias de la resolución arbitral previstas en el ordenamiento jurídico aplicable. Esta exclusión puede derivarse de la conducta desplegada por la parte a lo largo del procedimiento arbitral o tener un origen consensual. Ambos fenómenos se describen a continuación.

2. La «renuncia tácita» a las facultades de impugnación del laudo arbitral

Con fundamento en los principios *favor arbitri* o *favor arbitralis* (*pro arbitrale*) y *perpetuatio arbitralis*, algunos ordenamientos jurídicos, siguiendo la Ley Modelo de la Uncitral, presumen la existencia de una renuncia al posterior ejercicio de las acciones de impugnación del laudo arbitral, en los casos en que la parte perjudicada por la infracción de una norma de naturaleza dispositiva, no la hubiese denunciado en el plazo previsto, o tan pronto como le hubiera sido posible en el procedimiento. El objetivo de estas previsiones es evitar dilaciones indebidas del proceso arbitral como consecuencia del ejercicio abusivo de los mecanismos de impugnación del laudo.

Según el art. 4 de la Ley Modelo de la Uncitral, se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo el incumplimiento de alguna disposición de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar. En similares términos se pronuncia el art. 30 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976: «se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje, sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar puntualmente su objeción a dicho incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar».

La esencia de esta presunción de renuncia a las facultades de impugnación del laudo, se encuentra en la naturaleza eminentemente voluntaria del arbitraje. Ostentando las partes una enorme libertad para la fijación de las reglas que han de regir la validez del convenio y el procedimiento, aquéllas pueden, igualmente, consentir cualquier infracción de normas dispositivas producida durante la prosecución del procedimiento. A ello ha de sumarse, además, la prohibición de actuar en contra de los propios actos: quien no ha denunciado tempestivamente la infracción de una norma dispositiva, pierde la oportunidad de hacer valer tal contravención con posterioridad (generalmente, cuando el laudo le es desfavorable).

Para que esto suceda así, son tres los presupuestos que han de tomarse en consideración. En primer lugar y como resulta lógico, la parte perjudicada ha de tener conocimiento de la infracción. En segundo lugar, la denuncia de la infracción ha de poder ser renunciada, y ello exige, a grandes rasgos, que la norma conculcada sea de carácter dispositivo. Sobre esta cuestión, habrá que estar a lo que determine la normativa que rija el arbitraje, si bien suele entenderse, con carácter general, que la renuncia tácita de las facultades de impugnación opera cuando la infracción lo es de una norma dispositiva prevista en la ley o en el reglamento que gobierna el proceso arbitral o de una norma pactada por las partes en el ámbito de la autonomía de su voluntad.

En última instancia, sólo podrá operar la renuncia implícita si la denuncia de la infracción no se produce durante la prosecución de las actuaciones o se efectúa fuera del plazo señalado por la ley o reglamento, del previsto por las partes o, en su defecto, tan pronto como a la parte le sea posible.

Como se ha señalado, las legislaciones nacionales acogen, con carácter general, esta renuncia al derecho de objetar, siguiendo los postulados de la Ley Modelo. Así, la Ley de Arbitraje española del año 2003 (art. 6), el Código Procesal Civil alemán (art. 1027), la Ley de Arbitraje inglesa (art. 73), la Ley de Arbitraje Voluntario de Portugal del año 2011 (art. 46.4), el Código Procesal Civil austríaco (art. 579) o la Ley de Arbitraje de Perú del 2008 (art. 11).

También, los reglamentos de algunas instituciones arbitrales internacionales, prevén este mecanismo de renuncia tácita a la posterior impugnación del laudo arbitral. Sirva de ejemplo el art. 3 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del año 2012 que, bajo el título «renuncia», presume que una parte que procede con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con la conducción del proceso, ha desistido de su derecho a objetar; y, en términos similares, los arts. 32.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y 37 de las Disposiciones para el Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

3. El convenio de renuncia a la impugnación del laudo arbitral

La renuncia a las facultades de impugnación del laudo puede tener su origen, asimismo, en un pacto expreso estipulado por las partes del arbitraje en el que las mismas acuerden renunciar a los derechos de impugnación de la resolución arbitral o en el que se limiten los motivos, con base en los cuales puede solicitarse la anulación de aquél. La posibilidad de que las partes acuerden renunciar a sus derechos de impugnación del laudo arbitral es controvertida y con carácter general se entiende que aquella convención sólo será válida si la ley aplicable al arbitraje, así lo prevé expresamente.

En este sentido, algunos tribunales nacionales consideran inválidas las cláusulas de renuncia a la impugnación del laudo arbitral, por entender que la existencia de un mínimo control judicial del arbitraje es esencial para la protección legal de las partes; y, por ende, una cuestión de orden público estatal. Así, el Tribunal Supremo español entendió en su sentencia de 16 de marzo de 1986 (RJ 1986,1168), que «una estipulación en orden a que los contratantes renuncien a la impugnación judicial de la decisión de los arbitradores es inválida en cuanto que desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva, reconocido en 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 vista de que vulnera una norma inserta en la *Lex Suprema*, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraríe el interés o el orden público».

En el mismo sentido se han pronunciado algunos tribunales de EE.UU. (*vid*., *Hoeft vs. MVL Group, Inc.* (2d Cir. 2003) y *Spier vs. Calzaturificio Tecnica SpA*, 77 F.Supp.2d 405 (S.D.N.Y. 1999)); y, recientemente, en el año 2008, su Tribunal Supremo (*Hall Street Assoc., LLC. vs. Mattel, Inc.*), así como los tribunales franceses (*vid*., sentencias de la Corte de Apelaciones de París de 24 de octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 2004.

Algunas leyes nacionales dotan de validez a estos acuerdos, si bien con diferente alcance. El art. 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza y el art. 51 de la Ley de Arbitraje sueca, permiten la exclusión total o parcial del derecho a recurrir el laudo arbitral dictado en el marco de un arbitraje internacional cuando ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento de negocios en el país.

Tras una serie de modificaciones, el art. 1717 del Código Judicial belga regula esta materia en términos similares a los de las leyes suiza y sueca, supeditando la renuncia a la autonomía de la voluntad de las partes, pero sólo cuando ninguna de ellas tenga el domicilio o residencia habitual en Bélgica. Otros países limitan el alcance de la posible renuncia. Así, Francia, que únicamente permite la renuncia al recurso de apelación del laudo acordada en el convenio arbitral para los arbitrajes en que el árbitro debiera resolver como amigable componedor y que veta la renuncia al recurso de anulación en supuestos tasados (arts. 1482 y 1484 del Código de Proceso Civil francés); Italia, que avala la renuncia a la impugnación por nulidad cuando ésta traiga causa de la vulneración de las normas de Derecho (art. 829 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.° 40), e Inglaterra, que si bien permite la renuncia a que se revisen los fundamentos en los que se basó el árbitro para emitir su decisión, excluye, sin embargo, la renuncia a la anulación del laudo basada en defectos de jurisdicción o en irregularidades importantes en relación con los árbitros o el procedimiento.

La renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral puede producirse, de un modo más indirecto, al someterse las partes a una institución arbitral que la incluya en sus reglas. Algunas de las instituciones arbitrales más importantes prevén esta renuncia, si bien, al igual que las regulaciones legales nacionales, en diferentes grados. El art. 34 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del año 2012 señala que «al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente»; y, en similares términos, el art. 26.9 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Por último, puede hacerse una breve mención al posible acuerdo de las partes, ya no para renunciar a la impugnación del laudo arbitral, sino, al contrario, para extender dicho control con el fin de lograr mayores garantías de la subsanación de posibles defectos del arbitraje. Ha sido en Estados Unidos donde mayor controversia ha planteado esta posibilidad, habiéndose los tribunales manifestado tanto a favor como en contra de la validez de tales acuerdos. En una reciente decisión del año 2008 en el asunto *Hall Street Assoc., LLC. vs. Mattel, Inc.,* el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha manifestado que los motivos para la impugnación no pueden ser modificados por el acuerdo entre las partes.

(Autora: Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra).

Referencias bibliográficas: Cordón Moreno, F. «Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas». *Cuadernos Civitas*. Pamplona: Aranzadi, 2010. Álvarez Sánchez de Movellán, P. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada: Comares, 1996. Muñoz Sabaté, Ll. «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho». *La Ley*. Madrid, 1990, n.º 4. Gómez Jené, M. «Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje». *La Ley*. Madrid, 2003, n.º 5, pp. 1638-1644. Yáñez Velasco, R. *Comentarios sistemáticos a la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Lew, J. y L. Mistelis. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International,

2003, pp. 663-686. Blackaby, N. y C. Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 585-619. Born, G. *International Arbitration: Law and Practice*. Londres: Kluwer Law International, 2012, pp. 303-367.

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Impugnación del laudo arbitral. Principio de no incurrir en contradicción con los propios actos.

Réplica

1. Concepto

La réplica (en inglés *reply*) se puede definir como el escrito aportado por la demandante en una segunda ronda de la fase escrita del procedimiento arbitral, tras haber sido intercambiados los escritos de demanda y de contestación a la demanda (y, en su caso, de reconvención).

En términos generales, la réplica tendrá el siguiente contenido (en particular, en línea con lo establecido en la Regla 31(3) del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones):

1. La aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado de adverso;

2. La afirmación, en su caso, de cualesquiera hechos adicionales (al respecto, cabe reseñar que, cada vez con mayor frecuencia, en la primera orden procesal se limita, específicamente, la posibilidad de que las partes aleguen hechos adicionales en sus segundos escritos, salvo que éstos hubiesen ocurrido tras la presentación de los primeros escritos);

3. Las alegaciones de derecho pertinentes en respuesta a las formuladas de adverso en el último escrito presentado; y

4. Las pretensiones.

Ahora bien, sin perjuicio de los anteriores apuntes generales sobre el contenido de la réplica, conviene señalar que el grado de detalle de dicho contenido variará en función de la estrategia que la demandante adopte en cada caso.

En este sentido, la demandante habrá de valorar si prefiere poner todas sus cartas sobre la mesa desde el inicio del arbitraje, incluyendo todos sus argumentos en la demanda, de modo que la réplica sea simplemente una respuesta a la argumentación del último escrito de la demandada, o si prefiere guardarse alguna carta sobre una determinada cuestión para incluirla, posteriormente, en la réplica, en la medida en que dicha táctica le pueda permitir conocer la posición de la demandada sobre dicha cuestión, si la demandada decidiera ser la primera en referirse a la misma.

Dicha estrategia debería ponderarse, no obstante, con el hecho de que los primeros escritos (demanda y contestación a la demanda) serán con frecuencia los principales documentos a los que el tribunal arbitral acuda a efectos de analizar la posición de cada una de las partes; siendo los segundos escritos (réplica y dúplica) consultados por el tribunal; por lo general, con el fin de complementar su estudio de la posición mantenida por cada parte.

Tras estas notas introductorias, continuaremos la presente reseña con una breve comparación de la regulación de la réplica en diversos reglamentos arbitrales (2), procediendo, a continuación, a analizar el momento procesal de la aportación del escrito de réplica (trámites simultáneos vs. sucesivos) (3), así como el papel de la réplica en función del tipo del procedimiento arbitral (4), para finalizar con el caso *Margulead Ltd. vs. Exide Technologies*, acerca del derecho a la réplica y a la última palabra en el proceso (5) y una breve conclusión (6).

2. Comparativa: regulación de la réplica en diversos reglamentos arbitrales

De entrada, sin perjuicio de las notas apuntadas anteriormente con el fin de perfilar el concepto de la réplica en el procedimiento arbitral, se ha de resaltar que la *función de la réplica* puede variar significativamente según el conjunto de reglas arbitrales aplicables al caso en concreto.

A continuación, repasaremos brevemente las *disposiciones sobre la réplica en los reglamentos de varias instituciones arbitrales* (no se hará referencia a las legislaciones nacionales arbitrales, pues, por lo general, no contemplan en detalle los escritos que se intercambiarán las partes en el procedimiento –y, en particular, la réplica– delegando dicha tarea bien en el reglamento aplicable por acuerdo de las partes, bien en la primera orden procesal dictada por el(los) árbitro(s) para la conducción del procedimiento):

a) *Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional («Reglamento CCI»)*. El término «réplica» se emplea para designar al escrito que la demandante debe presentar en el plazo de treinta días, tras la formulación por la demandada de la demanda reconvencional, conforme al art. 5(6) del Reglamento. En este sentido, los escritos a los que se refiere expresamente el Reglamento, son los relativos a la fase inicial del arbitraje, concretamente: la solicitud de arbitraje (*Request for Arbitration*), la contestación a la solicitud *(Answer to the Request*) que, en el caso de que la demandada decidiese reconvenir, habrá de acompañar a la demanda reconvencional (*Counterclaim*), y la réplica (*Reply*).

   En relación con la posibilidad de que la Secretaría otorgue una prórroga para la presentación del escrito de réplica, tal y como se apunta en el comentario de la Secretaría sobre el nuevo Reglamento que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2012, sí que es práctica habitual la concesión de treinta días adicionales; si bien, en todo caso, se tendrán en cuenta las circunstancias particulares del procedimiento, así como los comentarios de la demandada acerca de la petición de extensión del plazo (conforme se señala en el Comentario de la Secretaría sobre el Reglamento de 2012, FRY, J., S GREENBERG y F. MAZZA. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, *Commentary on the 2012 Rules*, p. 13, para. 3-180).

   Ahora bien, el art. 5(6) del Reglamento sólo concede dicha facultad a la Secretaría hasta el momento de transmisión del expediente al tribunal arbitral, conforme al art. 16. En efecto, tras este momento, será el tribunal arbitral quien decida sobre cualquier petición relativa a la extensión del plazo para la presentación de la réplica.

   En cualquier caso, si bien es cierto que el Reglamento se refiere de forma expresa únicamente a la réplica en relación con la presentación de los escritos iniciales, es claro que el tribunal arbitral podrá establecer, de conformidad con su art. 24(2) del Reglamento, un calendario procesal que contemple un trámite escrito en dos fases, incluyendo una primera fase relativa a la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda, y una segunda fase relativa a los escritos de réplica y de dúplica (en este sentido, *vid.* GRIERSON, J. y A. VAN HOOFT, *Chapter 18 Written Submissions, Exhibits, Witness Statements and Expert Reports*, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. Londres: Kluwer Law International, 2012, p. 164).

b) *Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («Reglamento LCIA»)*. Conforme al mismo, el término «réplica» se refiere al escrito que la demandante debe presentar dentro de los treinta días siguientes a la recepción del escrito de contestación a la demanda, de acuerdo con el art. 15(4) del Reglamento. Así, los escritos previstos expresamente en dicho Reglamento son los siguientes: el escrito de demanda (*Statement of Case*), el escrito de contestación a la demanda (*Statement of Defence*) y el escrito de réplica (*Statement of Reply*).

   De otro lado, en su caso, si la demandada formulase demanda reconvencional (*Counterclaim*) junto con su escrito de contestación a la demanda, la demandante deberá remitir, con su escrito de réplica, una contestación a la demanda reconvencional (*Defence to Counterclaim*), a la que la demandada deberá responder con un escrito de réplica a la demanda reconvencional (*Statement of Reply to Counterclaim*).

c) *Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje («Reglamento ICDR»)*. Conforme a dichas reglas, se prevé el intercambio inicial de los escritos de demanda y contestación, seguidos de los escritos que fuesen necesarios, si el tribunal así lo requiriere (art. 17(1)).

d) *Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones («Reglamento Icsid»), junto con la solicitud de arbitraje, la Regla 31 prevé, en su apartado primero, las siguientes actuaciones escritas*: El memorial de la parte solicitante (*Memorial*), el memorial de contestación de la otra parte (*Counter-Memorial*), y si las partes convinieren en ello o si el tribunal lo estimare necesario, una réplica de la parte solicitante (*Reply*), y una dúplica de la otra parte (*Rejoinder*).

e) *Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Reglamento Cnudmi»).* En su versión revisada en 2010, dicho Reglamento sólo se refiere a la réplica

al especificar el momento en el que, a más tardar, habrá de oponerse la excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Así, en concreto, establece el art. 23(2) del referido Reglamento, lo siguiente:

> La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse, a más tardar, en el momento de presentar la contestación o, con respecto a una reconvención o a una demanda a efectos de compensación, en la réplica a esa reconvención o a la demanda a efectos de compensación.

Ahora bien, en las Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral, sí que se contempla de forma específica la réplica en la sección novena, relativa a las «Disposiciones para el intercambio de escritos»; en concreto, en el párrafo 38, como sigue:

> Una vez que hayan presentado su demanda y su contestación de apertura, las partes tal vez deseen, quizá porque el tribunal se lo pida, presentar nuevos escritos para preparar la vista o para que sirvan de base para resolver el caso sin necesidad de celebrarla. En tales escritos, las partes pueden, por ejemplo, presentar o comentar alegaciones y pruebas, citar o explicar el derecho aplicable, y formular propuestas o responder a ellas. En la práctica, esos escritos reciben diversos nombres como, por ejemplo, declaración, memoria, contestación a la memoria, informe, contestación al informe, respuesta, réplica, dúplica, refutación o contrarréplica; la terminología empleada depende de la práctica lingüística y del alcance o el momento de la intervención.

f) *Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid* («*Reglamento CAM*». Prevé, en su art. 28, que los árbitros podrán decidir acerca de la necesidad de requerir, junto con los escritos de demanda y contestación, también los escritos de réplica y dúplica, fijando los plazos oportunos para su presentación.

3. Momento procesal de aportación del escrito de réplica: trámites simultáneos vs. sucesivos

En relación con el *momento procesal* en el que la demandante aportará el escrito de réplica, si bien con carácter general se aportan de forma sucesiva –primero el escrito de réplica y luego el escrito de dúplica–, el tribunal arbitral también puede decidir su aportación simultánea, en aras de no restar velocidad al procedimiento arbitral.

Naturalmente, en particular, dicho trámite simultáneo se adoptará si se hubiera presentado una demanda reconvencional, presentándose, pues, los escritos de forma simultánea y en dos vencimientos sucesivos.

Asimismo, este intercambio simultáneo de escritos, en una primera y segunda ronda, puede decidirse también si las partes no llegan a un acuerdo acerca de cuál de ellas debe ser calificada como demandante y demandada, al no desear ninguna de ellas ser categorizada como demandada. En la práctica, esta situación se ha dado, por ejemplo, en un caso en el que una de las partes era el Gobierno de un Estado, en tanto que consideró que su dignidad se hubiera visto ofendida si tuviese que figurar en el procedimiento como la parte demandada (caso *Aminoil, The Government of the State of Kuwait vs. The American Independent Oil Company, 24 March 1982*).

En fin, al respecto, conviene señalar lo apuntado en las *Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*, a las que se remite *in fine* el Apéndice IV del Reglamento CCI; concretamente, en el párrafo 48, que indica: «Considere si es más eficaz que los escritos sean consecutivos o simultáneos. Si bien los escritos simultáneos permiten a las dos partes informarse recíprocamente de sus pretensiones al mismo tiempo (lo cual podría hacer las cosas más rápidas), esta medida puede resultar ineficaz si las partes plantean puntos diferentes dentro de sus escritos que puedan hacer necesarias réplicas extensas».

En efecto, si los hechos que sirven de base a las pretensiones de las partes son los mismos, o están íntimamente ligados, sí resultará más eficaz un trámite escrito simultáneo. Ahora bien, en caso contrario, convendrá celebrar trámites sucesivos, o se correrá el riesgo de un intercambio de escritos que partan de dos escenarios radicalmente distintos (el riesgo denominado como «*two ships passing in the night*»), así como el riesgo evidente de denegar a la demandada la oportunidad de presentar plenamente su defensa (*vid.*, Born, Gary. «Procedures in International arbitration, F. Procedural Conduct of International Arbitral Proceedings». En *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, p. 1823).

4. El papel de la réplica en función del tipo del procedimiento arbitral

Otro aspecto a destacar radica en la distinción entre los procedimientos arbitrales donde las actuaciones escritas adoptan un papel preponderante y fundamental, frente a aquéllos donde la fase oral reviste mayor importancia (por ejemplo, en el arbitraje deportivo, ante el TAS CAS).

Ciertamente, en los primeros, el escrito de réplica resulta fundamental, puesto que permitirá a la demandante precisar su posición de forma detallada, adoptando un papel esencial para su defensa, de forma previa a la fase oral, limitada a la aclaración rápida de determinadas cuestiones o solicitud de mayor información. Máxime, considerando que, en ocasiones, se prescinde, incluso, de esta fase oral, con lo que el escrito de réplica estudiado (y el escrito de dúplica) adquieren un papel fundamental.

Así es el caso, con frecuencia, en determinados arbitrajes *ad hoc*, en los que las partes priman la velocidad del procedimiento y el ahorro de costes de una audiencia –por ejemplo, en el caso de los arbitrajes *ad hoc* sobre pequeñas cuantías en relación con la reclamación de la renta de alquiler de una vivienda–. Ahora bien, en todo caso, en dichos *arbitrajes ad hoc*, resultará particularmente importante que el tribunal arbitral manifieste a las partes claramente la forma de los escritos que deben aportar. De lo contrario, el arbitraje puede verse retrasado por la aportación de escritos con una forma incorrecta, o la aportación de escritos voluminosos y con detalladas presentaciones, cuando el tribunal arbitral prevé que en la fase oral posterior, se debe profundizar en todos y cada uno de los argumentos y pruebas presentados por las partes, lo que, evidentemente, implicará un retraso y gasto de recursos innecesario.

5. El caso Margulead Ltd. vs. Exide Technologies: el derecho a la réplica y a la última palabra en el proceso

Finalmente, se debe destacar el *Caso Margulead Ltd. vs. Exide Technologies [High Court of Justice (QB, Commercial Court),* 16 February [2004] EWHC 1019 (Comm.)], con el fin de incidir brevemente acerca de si el demandante posee un derecho de réplica en el procedimiento, en la medida en que deba, necesariamente, tener la última palabra en el proceso.

En el caso reseñado, el fracaso de un *joint venture* israelí-americano dio lugar a un arbitraje en Londres. El árbitro único denegó al demandante el derecho de réplica, afirmando que, dada su excelente presentación del caso, la réplica no era necesaria.

Posteriormente, en el laudo final se desestimaron las pretensiones presentadas, al considerar que el error común de las partes sobre los hechos hacía su acuerdo arbitral inejecutable.

El demandante israelí impugnó el laudo, alegando graves irregularidades procesales, puesto que le había sido denegado el derecho de réplica y la última palabra en el proceso, como hubiera sido normal en el proceso jurisdiccional inglés para el demandante que ostenta la carga de la prueba.

El juez inglés confirmó la decisión del laudo, afirmando que la regla que otorgaba la última palabra al demandante, no se aplicaba en el arbitraje, y basó su razonamiento en una doble fuente: por un lado, en la *English Arbitration Act* (1996) –la cual, en su Sección 33 (1) refiere la cuestión al árbitro– y por otro, en la doctrina relativa a la cuestión –Alan REDFERN y Martin HUNTER, *Law and Practice of International Arbitration* (Sweet & Maxwell, 1999, 3rd ed.), para. 7-107, «*Who has the last Word?*», en la página 336– la cual mantenía que en arbitraje internacional, las partes tienen normalmente el derecho a realizar un número *igual* de actuaciones en el proceso.

6. Conclusión

Por lo general, a mi juicio, se debe resaltar la importancia del escrito de réplica en el procedimiento arbitral, puesto que permite ampliar las posibilidades de defensa de la demandante, al ofrecerle la oportunidad de rebatir los argumentos planteados por la demandada en su escrito de contestación.

Asimismo, el escrito de réplica permitirá al tribunal arbitral lograr una mejor definición de las cuestiones a resolver bajo su competencia, identificando de forma precisa el ámbito de su mandato (y evitando, así, posibles impugnaciones del laudo final que, eventualmente, dicte por haber incurrido en incongruencia *extra* o *infra petita*).

Y, en este sentido, cabe reseñar que los resultados de la encuesta publicada en 2012 por la Universidad *Queen Mary* de Londres, titulada *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, confirman que en la práctica sí que se incluye, por lo general, un trámite escrito de réplica, seguido de una dúplica.

Así, en concreto, conforme a la referida encuesta, un 63% confirmó que el esquema general en la fase escrita, es el intercambio de cuatro escritos: demanda, contestación a la demanda, réplica y dúplica; siendo el intercambio de tres escritos relativamente inusual (sólo un 23% afirmó haber participado en un arbitraje con dicho intercambio), y el intercambio de dos escritos inusual (sólo un 12% indicó haber tenido un arbitraje con dicho esquema).

Es más, de conformidad con las preferencias indicadas en dicha encuesta, el esquema de intercambio de cuatro escritos es el escogido por la mayoría (un 55%); y, en concreto, resulta más preferido, por lo general, por los abogados de la tradición del *civil law* (un 65%) que por los abogados del *common law* (un 45%). Distinción que resulta coherente con lo anteriormente apuntado acerca del papel más relevante de la réplica en los procedimientos donde la fase escrita reviste una mayor importancia (por lo general, característicos del *civil law*), frente a aquéllos donde la fase oral adquiere una mayor importancia (por lo general, característicos del *common law*).

En fin, acorde con el principio de igualdad procesal y contradicción, el escrito de réplica del demandante será contestado, como vimos, por lo general, por el escrito de dúplica del demandado; y, por tanto, remitimos al lector a consultar, asimismo, dicho vocablo en la presente Enciclopedia.

(Autora: Elisa Vicente Maravall. Abogada. J&A Garrigues, S.L.P. Madrid).

Referencias bibliográficas: Born, Gary. «Procedures in International Arbitration, F. Procedural Conduct of International Arbitral Proceedings». En *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1782-1873. Born, Gary. «Chapter 8: Procedural Issues in International Arbitration». *International Arbitration: Law and Practice*. Londres: Kluwer Law International, 2012, pp. 217-254. Fry, Jason, Stepen Greenberg, Francesca Mazza. «The Secretariat's Guide to ICC Arbitration». *Commentary on the 2012 Rules*, p. 13, para. 3-180. Grierson, Jacob y Annet Van Hooft. «Chapter 18 Written Submissions, Exhibits, Witness Statements and Expert Reports». *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. Londres: Kluwer Law International, 2012, pp. 163-172. Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwers Law International, 2003, para. 21-48 a 21-58. Lew, Julian D.M. y Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres: Kluwers Law International, 2006, para. 7-40 a 7-42. Kerr, John J., Conrad K. Harper, Peter C. Thomas, Robert H. Smit. *Comparison of International Arbitration Rules*. Londres: Juris Publising, 2002, pp. 96-97. Mcilwrath, Michael, John Savage. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, *Chapter Five: The Conduct of the Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 236-238. Redfern, A., Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 377-382. Waincymer, Jeff. «The Process of an Arbitration, Chapter 4: Written Notices, Submissions and the Articulation of Claims and Defences». *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2012, pp. 217-254.

Vocablos conexos: Alegaciones *(Memorials).* Contestación (*Rebuttal*). Defensa y contradicción. Dúplica *(Rejoinder).* Igualdad de las partes. Procedimiento arbitral. Reconvención.

Requerimientos de aportación de pruebas

1. Concepto

El requerimiento de aportación de pruebas (en inglés *request to produce*) puede definirse como la solicitud formulada por una parte y dirigida a la otra parte o al tribunal arbitral, con el fin de requerir la aportación de documentos al procedimiento bien por la otra parte, bien por un tercero.

En este sentido, el contexto en el que se plantea el requerimiento de pruebas es el siguiente: «salvo cuando las partes optan tácticamente por aportar y explicar aquellos documentos potencialmente problemáticos que se encuentran en su poder, por lo general, las partes sólo aportarán aquellos documentos que favorezcan su posición en el arbitraje, respectivamente (o, al menos, que no les sean desfavorables).

Y ello dará lugar, por tanto, a la situación en que una parte posea documentos que favorecen la posición de la parte contraria y a los que esta última no tenga acceso; motivando el correspondiente requerimiento de aportación de pruebas.

Ahora bien, de forma previa, se ha de apuntar que, si bien la terminología empleada para referirse al trámite relativo a la aportación de pruebas puede variar, en último término, el empleo de uno u otro término no afecta realmente al significado material de dicho trámite en el contexto del arbitraje.

Así, por ejemplo, conviene advertir que, ante un tribunal arbitral de formación jurídica predominantemente estadounidense, con frecuencia se utilizará el término «*discovery*», aunque éste constituya un término propio del Derecho procesal norteamericano, empleado para designar diversos requerimientos de prueba, incluyendo no sólo pruebas documentales sino también deposiciones, inspecciones *in situ* e interrogatorios. En efecto, sin perjuicio de remitirnos al vocablo correspondiente en la presente Enciclopedia, cabe reseñar que las reglas procesales en Estados Unidos contemplan hasta cinco categorías distintas de *discovery*, además del requerimiento documental; a saber: (i) deposiciones de testigos; (ii) interrogatorios escritos; (iii) inspecciones *in situ* de bienes o propiedades; (iv) examen físico o psíquico de personas, y (v) requerimientos de admisiones.

Y, de otro lado, tampoco cabe obviar que los abogados ingleses prefieren utilizar la palabra «*disclosure*» cuando se refieren al requerimiento de pruebas documentales.

Ante dicha diversidad de términos, las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, publicadas en 1999 y revisadas recientemente, el 29 de mayo de 2010 (en adelante, «las Reglas de la IBA sobre la Prueba»), han preferido huir de los términos «*discovery*» o «*disclosure*» en este contexto, refiriéndose al «*Request to Produce*» como término común, definido como «*a written request by a Party that another Party produce Documents*» («la petición por escrito de una Parte para que otra Parte exhiba Documentos»).

En la presente reseña, se atenderá a la terminología de las Reglas de la IBA sobre la Prueba.

A continuación, incidiré brevemente en la división entre las posiciones del *civil law* y *common law* en relación con el requerimiento de aportación de pruebas (2); para proceder, seguidamente, a analizar su regulación en las Reglas de la IBA sobre la Prueba (3) y las Directrices de la IBA sobre la Representación de las Partes en el Arbitraje Internacional (4).

2. The Great Divide*: el requerimiento de aportación de pruebas en el* civil law *y el* common law

Aunque no es el objeto de la presente reseña analizar en detalle la extensa doctrina sobre cómo influyen de las diferencias entre las tradiciones jurídicas del *civil law* y el *common law* en la configuración del procedimiento arbitral, sí conviene resaltar que el requerimiento de aportación de pruebas –y, en su conjunto, el trámite relativo a la producción de pruebas–, es referido por la doctrina con frecuencia como un símbolo, o más bien un síntoma, de la división entre dichas tradiciones («*the Great Divide*»; en este sentido, *vid*.: KING, D. Brian, L. BOSMAN. «Rethinking Discovery in International Arbitration: Beyond the Common Law/Civil Law Divide». *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2001, vol. 12, n.º 1, 24, 2001).

Y ello porque, al contrario de lo que sucede en la mayoría de las jurisdicciones del *civil law,* en las jurisdicciones del *common law* sí se suele prever, expresamente, que cada parte tiene derecho a requerir a la otra, aquellos documentos que no ha aportado y que la primera cree relevantes para la defensa de su posición.

En efecto, los abogados del *common law* tienden a compartir la opinión de Lord MUSTILL al considerar el requerimiento de pruebas como un instrumento fundamental para lograr justicia en el procedimiento (*vid*., MUSTILL, M. J. & Stewart C. BOYD. *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (Butterworths, 1989, 2nd edition), 324) y que, por ende, ha de ser necesariamente incorporado también en el arbitraje.

Por su parte, por lo general, los abogados del *civil law* tienden a considerar que el requerimiento de pruebas únicamente debe ser incluido en el arbitraje de forma limitada, con el fin de evitar, en todo caso, las temidas *fishing expeditions* propias de la litigación estadounidense.

Así lo confirma un breve repaso de las legislaciones arbitrales en este ámbito:

i. *Legislaciones arbitrales en las jurisdicciones civiles*. Por lo general, la posición común en los sistemas de tradición continental también parte del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a las cuestiones procedimentales, si bien el requerimiento de aportación de pruebas no es usual en muchos sistemas nacionales.

En todo caso, si bien muchas legislaciones guardan silencio al respecto (la suiza y la alemana, por ejemplo), otras sí que reconocen de forma expresa la potestad del tribunal para ordenar el requerimiento (*vid.*, por ejemplo, Ley n.º 60/2003, de Arbitraje española, arts. 29(2) y 32(1); Nuevo Código francés de Procedimiento Civil, art. 1460(3); Código Judicial belga, art. 1696(1); Código holandés de Procedimiento Civil, art. 1039(4); Código Civil austríaco, Sección 599(1); Ley de Arbitraje china, art. 43; Ley arbitral japonesa, art. 32(3)).

ii. *Legislaciones arbitrales en las jurisdicciones anglosajonas*. Al contrario que la mayoría de las legislaciones civiles, las regulaciones arbitrales del *common law* suelen regular de forma específica la potestad del tribunal, relativa al requerimiento de aportación de pruebas.

En particular, el Acta Federal de Arbitraje de Estados Unidos contempla de forma específica esta potestad en su Sección 7, Capítulo 9. Dicha disposición autoriza a los árbitros a requerir, cuando fuese preciso, la comparecencia de cualquier persona como testigo ante el tribunal o cualquiera de los árbitros como testigo en el procedimiento y, en su caso, aportar la documentación oportuna que obrará como prueba en el procedimiento.

A pesar del carácter limitado con el que dicha sección se refiere a la potestad de requerimiento del tribunal, la doctrina mantiene que, aunque las partes no hayan previsto expresamente una potestad más amplia que aquélla recogida en esta sección, los árbitros tienen autoridad para ordenar el requerimiento con la extensión que fuese adecuada para poder desarrollar de forma apropiada su misión, opinión que halla su reflejo en la práctica de los tribunales estadounidenses (al respecto, *vid.*, por ejemplo, *In re Security Life Ins. Co. of Am. vs. Duncanson & Holt, Inc*., 228 F.3d 865, 870-871 (8th Cir. 2000); *Am. Fed. of Television and Radio Artists, AFL-CIO vs. WJBK-TV (New World Comm. of Detroit, Inc.)*, 164 F.3d 1004, 1009 (6th Cir. 1999); *Stanton vs. Paine Webber Jackson & Curtis, Inc*., 685 F. Supp. 1241 (S.D. Fla. 1988); *Meadows Indem. Co. vs. Nutmeg Ins. Co*., 157 F.R.D. 42, 45 (M.D. Tenn. 1993); *United Elec. Workers Local 893 vs. Schmitz*, 576 N.W.2d 357 (Iowa 1998); *Transwestern Pipeline Co. vs. J.E. Blackburn*, 831 S.W.2d 72 (Tex. Ct. App. 1992)).

De otro lado, también el Acta de Arbitraje inglesa de 1996 contempla, incluso con más detalle, la potestad de requerimiento del tribunal, en su Sección 34 (2) (a), al prever específicamente que el tribunal arbitral tiene autoridad para decidir si alguno, y en su caso, qué documentos o clases de documentos deberán ser aportados al procedimiento por las partes y en qué momento del mismo.

En fin, lo cierto es que, en la actualidad, el requerimiento de aportación de pruebas es un trámite cada vez más común en el arbitraje internacional, si bien su grado de alcance, ya con carácter extensivo, ya con carácter limitado, depende en buena medida de la formación jurídica de los representantes de las partes y de los árbitros.

Así, cuanto mayor sea la proporción de juristas del *civil law* en el proceso, menos probable será una decisión o acuerdo sobre la realización de un requerimiento de prueba sin establecer unos límites previa y claramente definidos.

Al respecto, cabe reseñar que los resultados de la encuesta publicada en 2012 por la Universidad *Queen Mary* de Londres, titulada *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, confirman que, en la práctica, «*the Great Divide*» no parece ser tal en lo que se refiere, en particular, al requerimiento de aportación de pruebas.

Y ello en la medida en que la mayoría de los encuestados (en concreto, un 70 %), juristas tanto del *civil law* como del *common law*, coincidieron en señalar que el estándar aplicable en relación con el requerimiento de pruebas, debería ser el contemplado en el art. 3 de las Reglas de la IBA sobre la Prueba.

De modo que, aun siendo cierto que más juristas del *common law* (un 77%) que del *civil law* (un 63%) se manifestaron a favor del referido estándar conforme a las Reglas de la IBA, resulta claro que dicho art. 3 supone un paso adelante en la consecución de un consenso en torno al requerimiento de aportación de pruebas en el arbitraje.

Veamos, más específicamente, el contenido del referido art. 3 de las Reglas de la IBA.

3. El requerimiento de aportación de pruebas en las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba

De forma previa, ha de advertirse que, al realizar un análisis comparativo de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, por lo general, si bien la mayoría concede a los árbitros la facultad de requerir la aportación de pruebas a una de las partes, ya de oficio, ya a solicitud de una de las partes, lo cierto es que el modo en que ha de realizarse el requerimiento de aportación de pruebas, no se contempla, por lo general, de forma específica.

En este sentido, cabe reseñar, por ejemplo, las referencias del Reglamento de la LCIA en su art. 22 (1) en los apartados c), d) y e); del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi en su art. 24 (3); del Reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas en su art. 19 (3); del Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje en su Regla 31 (d) y el art. 25 (5) del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

En efecto, esta cuestión es referida, generalmente, a los árbitros, que gozan de discreción para decidir cómo han de realizarse de los requerimientos de aportación de pruebas; disponiendo al respecto, con carácter general, en la primera orden procesal relativa a las bases del procedimiento.

Y, en la actualidad, ya sea por su propia iniciativa o conforme al acuerdo de ambas partes, los árbitros tienden a remitirse, cada vez con mayor frecuencia, al contenido de las Reglas de la IBA sobre la Prueba en este ámbito.

Dicha práctica obedece a que las Reglas de la IBA sobre la Prueba adoptan una posición intermedia entre la tesis favorable a un requerimiento de prueba de alcance expansivo (compartida, como se indicó anteriormente, por lo general, por los juristas del *common law*) y la tesis favorable a un requerimiento de prueba de alcance limitado (mantenida, como se vio, generalmente, por los juristas del *civil law*).

En particular, el éxito de dicha posición intermedia puede percibirse en la siguiente tendencia: los árbitros del *common law* acuden a las Reglas de la IBA para justificar una mayor restricción a la hora de adoptar sus decisiones acerca del requerimiento de prueba, mientras que los árbitros del *civil law* acuden a las mismas con el fin de justificar su mayor utilización en el procedimiento.

Seguidamente, repasaremos brevemente lo dispuesto por el art. 3 de las Reglas de la IBA en relación con el vocablo que nos ocupa.

De entrada, conforme a lo previsto en el *art. 3.2* de las Reglas de la IBA, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, cualquier parte podrá presentar al tribunal arbitral y a las otras partes, un requerimiento de prueba, debiendo la otra parte cumplir con el requerimiento si el tribunal así lo ordenara.

Y, de acuerdo con el art. 3.3 de las Reglas, el contenido de la *So*licitud de Requerimiento de prueba documental («*Request to Produce*») habrá de ser el siguiente:

> (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite y que sea suficiente para identificarlo, o
> (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede, o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.
> (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y
> (c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y
> (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

En consecuencia, el requerimiento de aportación de pruebas puede referirse, o bien a una concreta y específica categoría de documentos, o bien a documentos individuales.

Ahora bien, cabe reseñar que, en la práctica, aunque estos requisitos de concreción pueden implicar una importante ventaja respecto a las criticadas *fishing expeditions* asociadas con los requerimientos de prueba en los procedimientos norteamericanos, en el contexto de controversias especialmente complejas o de considerable magnitud que se diriman conforme a las Reglas de la IBA, dichos requisitos pueden generar largas y detalladas objeciones, que el tribunal arbitral deberá resolver con la mayor celeridad posible, en aras de no restar velocidad al procedimiento.

Asimismo, se deben destacar los *requisitos de relevancia y substancialidad* de los documentos requeridos en la Solicitud, habiéndose revisado las referencias a ambos en la versión del 2010 de las Reglas del IBA, y aclarado su exigencia específica en la Solicitud de requerimiento, lo que revela su carácter fundamental a la hora de admitirse, o no, el requerimiento de aportación de pruebas en cuestión.

En cualquier caso, tal y como se prevé en los apartados 3.4 a 3.8 de las Reglas, la parte requerida podrá plantear *objeciones*, a alguno o a todos los documentos solicitados, debiendo manifestarlo por escrito al tribunal arbitral y a las otras partes dentro del plazo fijado por el tribunal.

Al respecto, cabe reseñar que, conforme a una práctica cada vez más habitual, el tribunal arbitral puede requerir que las objeciones se recojan en el «*Redfern Schedule*», nombrado a partir del reputado árbitro inglés Alan Redfern, en cuya elaboración pueden colaborar ambas partes y el tribunal. En concreto, dicho documento se compone de cuatro columnas: (1) los documentos requeridos; (2) la justificación de la parte requirente sobre su requerimiento; (3) la objeción de la parte requerida; y (4) la decisión del tribunal sobre cada requerimiento.

En este sentido, cabe hacer referencia de nuevo a los resultados de la encuesta publicada en 2012 por la Universidad *Queen Mary* de Londres, titulada *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process* que indican que, en la práctica, si bien el documento «*Redfern Schedule*» todavía sólo es empleado, de media, en un 37% de los procedimientos arbitrales con producción de documentos (siendo dicha cifra ligeramente mayor en los arbitrajes del *common law* –un 43%– que en los arbitrajes del *civil law* –un 30%–), resulta significativo que un 46% de los encuestados consideraran dicho documento como un método eficiente a la hora de gestionar la producción de documentos en el procedimiento arbitral.

Continuando con el análisis del art. 3 de las Reglas de la IBA, conviene señalar que el procedimiento de las objeciones podrá tener lugar en dos vías: por un lado, recibida una(s) objeción(es), el tribunal arbitral puede decidir invitar a las partes a una consulta mutua, con el fin de dirimir la objeción o, por otro lado, cualquier parte puede, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, requerir a éste que sea quien directamente resuelva la objeción.

Una vez que el tribunal haya decidido acerca del contenido del requerimiento, otorgará un plazo para *la aportación de los documentos al procedimiento*.

En la práctica, las partes pueden acordar o el tribunal decidir, como mínimo, que los documentos estén numerados secuencialmente, generalmente a pie de página. Los documentos se deben aportar mediante copias que reflejen exactamente su estado original, con los adjuntos y notas a mano incluidos, y en el idioma original en el que fueron redactados (aunque no sea el idioma del arbitraje). En la mayoría de los casos, los documentos sólo se aportan a la parte requirente, y no al tribunal arbitral, de modo que la parte requirente debe revisar los documentos e introducirlos en el procedimiento, si es necesario, generalmente, como anexos (*Exhibits*) a sus escritos con las traducciones que fueren necesarias.

Finalmente, se ha de reseñar que, en ocasiones, la parte requerida deberá aportar al proceso un documento, incluyendo una lista de documentos relevantes respecto al requerimiento de que han sido retenidos por considerarse «información privilegiada» (*privilege log*).

Al respecto, cabe resaltar, de nuevo, el «*Redfern Schedule*» relativo al mismo, que se organiza en ocho columnas: número de referencia del requerimiento, número del documento retenido, fecha del documento, tipo de documento, autor, destinatario, breve descripción de su finalidad, base legal del privilegio aducido.

En este sentido, establece el art. 3.8 de las Reglas de la IBA que, en circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción sólo puede ser determinada mediante la revisión del documento –tal sería el caso, por ejemplo, a efectos de la revisión de un documento confidencial–, el tribunal arbitral podrá resolver que no revisará tal documento y, tras consultar a las partes, podrá designar un perito independiente e imparcial, sujeto a confidencialidad, para que revise el documento e informe sobre la objeción.

Ahora bien, si el tribunal arbitral admitiese la objeción, el perito no podría dar a conocer el contenido del documento revisado ni al tribunal arbitral ni a las demás partes, en aras de preservar, en todo caso, su confidencialidad.

Y, si inadmitiese la objeción de la confidencialidad, el art. 3.13 de las Reglas de la IBA trata, en cualquier caso, de preservar, asimismo, la confidencialidad, al establecer que dicho documento sólo podrá usarse en relación con el arbitraje (salvo y en la medida de 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), pudiendo el tribunal arbitral emitir órdenes destinadas a establecer los términos de la confidencialidad de dicho documento.

En último término se ha de resaltar que, si bien no se incluyen en el propio Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional («Reglamento CCI»), el Apéndice IV de dicho Reglamento, se remite *in fine* a lo apuntado en la publicación de la CCI titulada «Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje», que sí contienen varias recomendaciones útiles respecto al trámite de requerimiento de aportación de pruebas; concretamente, en los párrafos 52 a 60, refiriéndose, específicamente, al «*Redfern Schedule*» y recomendando a las partes realizar una referencia, a título indicativo, del art. 3 de las Reglas de la IBA que hemos analizado.

Asimismo, hemos de referirnos a las Directrices elaboradas por la institución arbitral JAMS, «*Efficiency Guidelines for the Pre-Hearing Phase of International Arbitrations*», y en vigor desde el 1 de febrero de 2011, en la medida en que también contienen varias recomendaciones útiles respecto al trámite de requerimiento de aportación de pruebas; concretamente, en las páginas 2, 5 y 6.

En particular, en relación con las referidas Directrices de la JAMS también cabe destacar sus recomendaciones sobre una práctica de creciente importancia en el arbitraje internacional: los requerimientos relativos a *documentos en formato electrónico* («*e-discovery*» o «*e-disclosure*»). Al respecto, recomiendan las Directrices que el tribunal arbitral dicte una orden específica sobre la práctica de dicha prueba, estableciendo unos límites claramente definidos, con el fin de minimizar costes innecesarios en la práctica; por ejemplo, que sólo sea requerida documentación procedente de fuentes empleadas en el curso ordinario del negocio; que la documentación, en la medida de lo posible, se encuentre en formato *searchable*; y que el requerimiento no abarque *metadata,* salvo los títulos de la correspondencia en e-mail.

Y es que, en efecto, a mi juicio, el tribunal arbitral deberá decidir sobre estos requerimientos ponderando la relevancia de los documentos requeridos y la necesidad de garantizar la igualdad procesal de las partes, debiendo evitar, en todo caso, que supongan un excesivo coste o retraso del procedimiento arbitral.

4. El requerimiento de aportación de pruebas en las Directrices de la IBA sobre la Representación de las Partes en el Arbitraje Internacional

No podemos concluir esta reseña sin hacer referencia, si bien brevemente, a las Directrices de la IBA sobre la Representación de las Partes en el Arbitraje Internacional («*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*»), aprobadas por el Comité de la IBA con fecha de 25 de mayo de 2013.

Y ello porque en las Directrices 12 a 17 se incluyen una serie de indicaciones muy útiles con el fin de, tal y como apunta la nota aclaratoria incluida al respecto, proporcionar unos estándares comunes de actuación en el ámbito de requerimiento de aportación de pruebas, favoreciendo así la integridad y equidad del procedimiento arbitral.

En concreto, el contenido de las referidas Directrices puede sintetizarse como sigue:

i. Cuando el procedimiento arbitral incluya, o probablemente vaya a incluir, el trámite de producción de documentos, los representantes de las partes deberían informar a sus clientes acerca de la necesidad de preservar, en la medida de lo posible, aquella documentación –incluyendo su formato electrónico– que de lo contrario sería eliminada conforme a la política de retención de documentos de la compañía o habitual en el sector y que podrían ser potencialmente relevantes para el arbitraje (Directriz n.º 12);

ii. Asimismo, los representantes de las partes no deberían formular un requerimiento de aportación de pruebas, u objeción alguna, con una finalidad impropia, tal como hostigar o causar un retraso innecesario en el procedimiento (Directriz n.º 13);

iii. Además, los representantes de las partes deberían explicar a sus representadas la necesidad de producir la documentación requerida, así como las consecuencias potenciales de no hacerlo (Directriz n.º 14);

iv. Los representantes de las partes deben, también, aconsejar a sus representadas y asistirlas para asegurarse de que: (a) se realice una búsqueda razonable de la documentación requerida, y (b) toda la documentación responsiva que no tenga un carácter privilegiado sea aportada (Directriz n.º 15);

v. Los representantes de las partes no deberían eliminar ni ocultar, o aconsejar a sus representadas eliminar ni ocultar, la documentación que ha sido requerida de adverso o que el tribunal ha ordenado aportar al procedimiento (Directriz n.º 16);

vi. Y, por último, si durante el curso del arbitraje el representante de una de las partes conociera de la existencia de un documento que debería haber sido producido, pero que no lo fue, dicho representante debería aconsejar a su representada sobre la necesidad de aportar el documento en cuestión, así como de las consecuencias de no hacerlo (Directriz n.º 17).

5. Conclusión

Concluimos con lo señalado por dos reconocidos árbitros, uno del *civil law*, el alemán Elsing, y otro del *common law*, el americano Townsend, en los siguientes términos:

> It is unlikely that the common law and civil law approaches to advocacy and proof will ever fuse into a single set of procedures for international arbitration. Nor is it desirable that they should.
>
> [Es improbable que las perspectivas del *common law* y del *civil law* relativas al ejercicio de la abogacía y la práctica de la prueba se fusionen alguna vez en un único sistema procesal para el arbitraje internacional. Ni es deseable que así fuera. (Traducción propia). Elsing, S.H. y J.M. Townsend. «Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration». *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue n.º 1, p. 66].

Pues bien, partiendo de esta diversidad en relación con la práctica de la prueba en arbitraje internacional, derivada de las diferentes perspectivas adoptadas por los sistemas del *common law* y del *civil law*, si bien es claro que aún no existe un estándar común en el ámbito del requerimiento de aportación de pruebas que hemos analizado, sí es cierto que actualmente se ha desarrollado un consenso respecto a determinados aspectos en su práctica, reflejado en el art. 3 de las Reglas de la IBA sobre la Prueba.

Emerge, así, un modelo asentado en un sistema de compromisos, que no sólo aúna en una mayor transparencia y previsibilidad del procedimiento arbitral, sino también en una mayor eficiencia del mismo.

(Autora: Elisa Vicente Maravall. Abogada. J&A Garrigues, S.L.P. Madrid).

Referencias bibliográfícas: Born, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, p. 1877. Gaillard, E. y J. Savage (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International 1999, p. 689, para. 1250. Elsing, S.H. y J.M. Townsend. «Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration». *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue n.º 1, p. 66. Lew, J.D.M., L.A. Mistelis y S.M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwers Law International, 2003, para. 22-48 to 22-58. Lew, Julian D.M. and Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres: Kluwers Law International, 2006, para. 6-12. Mcilwrath, Michael y John Savage. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 289-294, 441-448. Molitoris, M. *et al*.. «Chapter ii: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Oral Hearings and the Taking of Evidence». *International Arbitration.* Klaussegger, C. y P. Klein *et al.* (eds.). *Austrian Arbitration Yearbook*, 2009. Beck, C.H. Stämpfli & Manz, 2009, pp. 175-177. De Witt Wijnen, O.L.O. «Collection of Evidence in International Arbitration». En Fernández-Ballesteros, M.Á. y D. Arias (eds.). *Liber Amicorum* Bernardo Cremades. Madrid: La Ley, 2010), pp. 351-359. Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Costantine Partasides. «Law and Practice of International Commercial Arbitration». Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 392-396. Ricci, E.F. *Evidence in International Arbitration: A Synthetic Glimpse*. En Fernández-Ballesteros, M.Á. y D. Arias (eds.). *Liber Amicorum* Bernardo Cremades. Madrid: La Ley, 2010, p. 1025. Smit, Robert H. and Tyler B. Robinson. «E-Disclosure in International Arbitration». *Arbitration International 24*, 2008, n.º 1, pp. 105-135.

Jurisprudencia seleccionada: Sobre la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses acerca de que, aunque las partes no hayan previsto expresamente una potestad más amplia que aquélla recogida en la Sección 7, Capítulo 9 del Acta Federal de Arbitraje

de Estados Unidos, los árbitros tienen autoridad para ordenar el requerimiento con la extensión que fuese adecuada para poder desarrollar de forma apropiada su *mission*: *In re Security Life Ins. Co. of Am. vs. Duncanson & Holt, Inc.*, 228 F.3d 865, 870-871 (8th Cir. 2000). *Am. Fed. of Television and Radio Artists, AFL-CIO vs. WJBK-TV (New World Comm. of Detroit, Inc.)*, 164 F.3d 1004, 1009 (6th Cir. 1999). *Stanton vs. Paine Webber Jackson & Curtis, Inc.*, 685 F. Supp. 1241 (S.D. Fla. 1988). *Meadows Indem. Co. vs. Nutmeg Ins. Co.*, 157 F.R.D. 42, 45 (M.D. Tenn. 1993). *United Elec. Workers Local 893 vs. Schmitz*, 576 N.W.2d 357 (Iowa 1998). *Transwestern Pipeline Co. vs. J.E. Blackburn*, 831 S.W.2d 72 (Tex. Ct. App. 1992).

Sobre la reticencia de los tribunales arbitrales acerca de ordenar requerimientos de aportación de pruebas de carácter expansivo que pudieran resultar en *fishing-requests*; *vid*.: Icsid Case n.º ARB/02/3 (8 April 2003), *Aguas del Tunari SA vs. Republic of Bolivia*, 2005 WL 3619910. Icsid Case n.º ARB/01/11 (3 June 2003), *Noble Ventures, Inc. vs. Romania, Final Award* (12 October 2005).

Vocablos conexos: Exhibición de hechos. *Discovery arbitral*. *Discovery arbitral* de documentos electrónicos. *IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*. Igualdad de las partes. *International Bar Association.* Procedimiento arbitral. Prueba.

Reservas a los tratados internacionales

En el seno de la sociedad internacional, a falta de un poder legislativo institucionalizado, la formación y nacimiento de las normas jurídicas se fundamenta en el consentimiento del Estado para obligarse y asumir derechos y obligaciones.

En el caso de la manifestación normativa internacional de carácter escrito –la norma convencional–, la manifestación del consentimiento para quedar obligado por el tratado se presta tras su negociación, adopción y autenticación. Deben converger un cierto número de consentimientos para que la norma entre en vigor.

Alcanzar el texto adecuado capaz de suscitar el necesario consenso no es tarea fácil en una sociedad internacional tan heterogénea y compleja como la actual, siendo especialmente ardua cuando el objetivo perseguido es alcanzar una norma convencional de carácter universal.

Por ello, los Estados, conscientes de la dificultad de alcanzar acuerdos absolutos, primaron la universalidad frente a la integridad del texto y flexibilizaron el mecanismo de manifestación del consentimiento en quedar obligado por un tratado, permitiendo, siempre que se reúnan determinados requisitos, excluir o modificar la obligatoriedad de alguna de las disposiciones del tratado. Es la institución de las reservas, cuya práctica va necesariamente asociada a los tratados multilaterales, único ámbito en el que pueden operar. No caben en los acuerdos bilaterales, pues no se daría el consenso necesario para el nacimiento de los respectivos derechos y obligaciones.

De acuerdo con el art. 2 del Convenio de Viena de 1969 sobre celebración de los tratados celebrados por los Estados y sus convenios paralelos en las Convenciones de 1986 y de 1978, se puede afirmar que «reserva» es aquella «declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación», hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión de un tratado, «con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado» en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

De esta definición cabe destacar, inicialmente, dos aspectos. Por un lado, la falta de formalismo propia del Derecho internacional que no atiende a la denominación sino al efecto; y, por otro, el elemento temporal, vinculado a la manifestación del consentimiento. Este último marca el límite temporal de la formulación de las reservas, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor particular. No obstante, excepcionalmente se permite la formulación de reservas tardías, tras la manifestación del consentimiento. Por su parte, la falta de formalismo desencadena la necesidad, en la práctica, de identificar las reservas por el efecto que producen, diferenciándolas de otras declaraciones unilaterales como las interpretativas. La práctica es muy rica y, ciertamente, confusa en esta materia.

En todo caso, sólo se podrán formular las reservas permitidas por el tratado o las no prohibidas por éste. En ningún caso se podrá formular ninguna reserva que sea contraria al objeto y fin del tratado.

Por otro lado, las reservas pueden ser de exclusión, impidiendo que una determinada disposición surta efectos jurídicos o de modificación, alterando éstos.

La «formulación» de la reserva es realizada por un Estado, aunque se admite la formulación conjunta por varios de ellos. La formulación afecta al consentimiento prestado, por lo que se hace necesaria la respuesta del resto de las partes.

Así, la reacción puede ser la «aceptación» de la reserva, realizada, bien de forma expresa o bien de forma tácita, cuando no se haya formulado ninguna objeción en los doce meses siguientes a la notificación de su formulación.

Ése es el plazo de que disponen las restantes partes para aceptar o para formular una «objeción». La objeción a la reserva puede impedir la entrada en vigor del tratado entre el que la realiza y el que formuló la reserva. Se trata de la «objeción cualificada», que debe ser expresa, clara e indubitada respecto al efecto que debe producir.

Cabe, asimismo, que la respuesta sea una objeción sin expresa oposición a la entrada en vigor del tratado. Se trata de la «objeción simple», que produce como efecto la exclusión de las disposiciones afectadas por la reserva en las relaciones entre la parte que formuló la reserva y la que realizó la objeción simple.

En cuanto a sus «efectos», las reservas rompen la integridad del texto y la igualdad de derechos y obligaciones nacidos del tratado, dando lugar a un haz de relaciones bilaterales entre las partes. Así, entre el que formula la reserva y el que la acepta, rige el tratado, salvo en la parte afectada por la reserva, en la que rige ésta. Entre el que formula la reserva y el que realiza una objeción simple, rige, igualmente, el tratado, salvo en la parte afectada por la reserva, sobre la que no existe consenso. Finalmente, entre el que formula la reserva y el que realiza objeción cualificada, no rige el tratado.

En definitiva, en materia de reservas, los Estados apostaron por un amplio sistema de flexibilidad, muy favorable a éstas.

A pesar de ello, este régimen no es aplicable a dos supuestos de tratados multilaterales. Por un lado, no cabe en el caso de los tratados multilaterales restringidos de los que, por su naturaleza o de otro modo, se desprenda que ésa fue la intención de las partes. En este caso, la formulación de una reserva exige la aceptación de todos los demás Estados.

Por otro lado están las reservas a lo establecido por los tratados constitutivos de una organización internacional, que sólo serán posibles, una vez aceptadas por su correspondiente órgano competente.

Cabe concluir que, con el fin de superar las lagunas y ambigüedades del régimen recogido en la Convención de 1969, preservando su acervo jurídico, la Sexta Comisión de la Asamblea General hizo suya, el 9 de diciembre de 1993, la decisión de la Comisión de Derecho Internacional, de incluir en su programa de trabajo la cuestión del derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados. Se nombró un Relator Especial, se modificó la denominación del tema –reservas a los tratados– y, en la actualidad, se sigue un proceso de elaboración de un borrador de directriz. Por otro lado, la singularidad de los tratados en materia de derechos humanos, plantea la necesidad de un estudio paralelo, específico y coordinado de la materia.

(Autora: M.ª Ángeles Cano Linares. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

Referencias bibliográficas: Díaz Barrado, Cástor Miguel. *Reservas a la convención sobre tratados entre Estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas, formuladas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.* Madrid: Tecnos, 1991. López Hurtado, Carlos. «¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del Derecho Internacional?: Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos». *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, 2001, n.º 1, pp. 248-289. Orihuela Calatayud, Esperanza. *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*. Madrid: Dykinson, 2004. Remiro Brotons, Antonio. *Derecho internacional público. 2. Derecho de los Tratados.* Madrid: Tecnos, 1987. Riquelme Cortado, Rosa María. «La definición de reserva a examen. ¿Confirmación o desdibujamiento de sus elementos esenciales?». En *VV.AA. El Derecho Internacional: normas, hechos y valores: Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Caflisch, Lucius, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Cesáreo Gutiérrez Espada (coords.), 2005, pp. 621-658. *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004. «Reservas a tratados de derechos humanos. ¿Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados?». *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, 2004, vol. 5, pp. 261-334. Quel López, Francisco Javier. *Las reservas a los tratados internacionales.* Bilbao: Universidad del País Vasco, 1991.

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri). Efecto útil (de los tratados).

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS

1. Introducción

En los últimos años, estamos asistiendo a una profunda transformación en la resolución de controversias, produciéndose un equilibrio entre la jurisdicción ordinaria y los denominados métodos, en inglés, *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Estos últimos fueron considerados como secundarios respecto al procedimiento frente al juez, bien por el escaso número de litigios resueltos en vía extrajudicial, o por la opinión existente respecto a que sólo el órgano jurisdiccional estaba a la altura de resolver una controversia.

Hoy en día esta idea ha cambiado debido a la saturación de los tribunales y al importante número de fracasos producidos en el ámbito jurisdiccional, al mismo tiempo que se van desarrollando otras vías, que por varias razones, representan el natural crecimiento y la aplicación de estos métodos alternativos.

Hay que decir que los ADR no sólo actúan en sustitución del sistema judicial sino que también lo hacen como sistemas complementarios que facilitan la solución a través de la elección voluntaria de los mismos y de un compromiso contractual que permiten que las partes puedan pasar en un segundo momento a la jurisdicción ordinaria, en caso de no haber podido llegar a un acuerdo. La suma de todos estos factores ha llevado a que cada vez sea mayor la utilización de los ADR, siendo hoy en día un instrumento indispensable para la resolución de conflictos.

2. Diferentes sistemas de ADR

Con las siglas ADR se identifican las técnicas Alternativas de Resolución de Controversias que ofrecen una forma económica y rápida de llegar a una solución extrajudicial en un asunto.

En este sentido los ADR se canalizan en el contexto de las políticas para mejorar la justicia, ya que desarrollan un papel complementario y no sólo alternativo respecto de los procedimientos jurisdiccionales debido a que por su naturaleza se adaptan mejor a las características de cada controversia. En definitiva, se establece un diálogo entre las partes, que puede dar como resultado la solución del litigio o, en caso contrario, servir para facilitar la solución delante de un tribunal.

El origen de la difusión de los ADR se encuentra en EE.UU., en los años setenta, cuando surgió el fenómeno de la *litigation explosion*, si bien China y Japón ya utilizaban estas técnicas como parte de su tradición jurídica desde hacía mucho tiempo.

En los países anglosajones, los ADR han constituido, especialmente, entre 1970 y 1985 un sector muy importante en el Derecho procesal. Las razones se pueden buscar en la multiplicación del número de pleitos civiles inscritos en los tribunales, lo que dio lugar a que se empleara más tiempo y dinero para resolver los conflictos.

Entre las causas que justifican esta situación, cabe citar un importante incremento en la legislación, el crecimiento exponencial del número de letrados, y en países con jurado, la incógnita del veredicto popular.

Por último, el nacimiento de movimientos para los Derechos civiles favoreció el desarrollo de formas alternativas de resolución de controversias, especialmente, en el ámbito de la mediación familiar, el trabajo y la mediación social.

En consecuencia, se ha asistido en países como EE.UU., a un proceso de institucionalización de los ADR que ha sido utilizado por los tribunales como un instrumento alternativo y un recurso interno.

No obstante, es necesario delimitar las diferencias existentes entre los medios de solución de controversias, destacando la importancia de cada uno de ellos, dependiendo del sistema jurídico en el que se realicen. En este sentido se podrán constatar diferencias importantes entre los sistemas anglosajones seguidos por países como el Reino Unido, EE.UU., Canadá, Australia o la India, frente a los sistemas latinos entre los que se encuentran, entre otros, Francia, Italia, Portugal y España, más proclives a los tradicionales sistemas jurisdiccionales para solucionar sus conflictos.

Junto a las normas desarrolladas por los diferentes Estados con vistas a implantar los sistemas de ADR, hay que destacar la existencia de normas internacionales en la materia, que intentan dar un tratamiento

uniforme a la aplicación de estos sistemas, facilitando así su implantación en la resolución de conflictos transfronterizos.

Destacan, en este sentido, dos tipos de normas:

- Los Convenios internacionales del que destaca *la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Conciliación Comercial Internacional.*

- El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (la CCI viene practicando los ADR desde sus inicios, siendo muy seguido por las empresas para resolver sus litigios internacionales, así destaca el Reglamento de Conciliación de 1988, y el Reglamento de ADR del 2001, en el que se contiene la naturaleza del mecanismo alternativo y las características del procedimiento previsto).

3. Sistemas de aplicación de los ADR

La resolución de conflictos se puede plantear en tres ámbitos diferentes:

- Sistema no judicial
- Sistema *cuasi* judicial
- Sistema judicial

3.1. Sistema no judicial

El sistema no judicial responde a las negociaciones no estructuradas que aparecen en un primer momento, cuando incluso, las partes no son conscientes de la posibilidad de establecer un sistema reglado para solucionar sus divergencias.

a) Negociación informal

En estos casos las partes intentan llegar a un acuerdo sin haber pactado ningún procedimiento.

b) Negociación estructurada: transacción

Este mecanismo es conocido como transacción, por la cual son las partes, sin intervención de terceros, las que ponen fin a la controversia mediante el acuerdo de concesiones recíprocas, esto es, mediante la renuncia de ambas partes litigantes a sus pretensiones iniciales.

c) Conciliación/mediación privada

Los términos «mediación» y «conciliación» se utilizan a menudo como sinónimos de un único concepto de solución de controversias a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial sin poder decisorio.

Ambas ofrecen un paso más en la solución de los conflictos, ya que en estos casos el conciliador o mediador trabaja directamente con las partes e intenta ayudarlas en la búsqueda de una solución al conflicto, mostrándoles las partes fuertes y débiles de su argumentación, y dándoles su opinión personal en relación a las posibles soluciones. Ahora bien, las partes son las que deben decidir la solución, así como aceptar este tipo de ayuda.

Hoy en día ambos términos se diferencian por las materias en las que se utilizan, dando lugar a variaciones relativas a la sistematización de las técnicas utilizadas y a la especialización de los expertos que las aplican. Así, por ejemplo, el término «conciliación» se utiliza en materias civiles, mercantiles y de trabajo, mientras que la mediación se utiliza en el ámbito familiar, escolar y social.

3.2. Sistema cuasi *judicial*

En un segundo escalón aparecen las denominadas «negociaciones estructuradas», que se dan cuando las partes se ponen de acuerdo para establecer unas bases formales y temporales, estableciendo anticipadamente la ley que debe resolver el conflicto, así como la autoridad competente para resolverlo.

a) Conciliación/mediación dentro de un proceso judicial

Este sistema no difiere conceptualmente de la conciliación/mediación no vinculante si bien ofrece más opciones que la anterior al ser más informal, permitiendo que las partes utilicen otras opciones si no consiguen llegar a una solución. Normalmente, cuando las partes están dentro de un proceso, son informadas de la opción de acudir a una conciliación o una mediación. En estos casos, nada que se utilice en la mediación o conciliación podrá ser utilizado durante el juicio para ir en contra de las partes, y si las partes no llegan a una solución, el caso volverá al tribunal para ser resuelto.

Básicamente, la distinción con la conciliación/mediación no vinculante reside en el hecho de que en ésta, el conciliador/mediador ayuda a las partes a negociar un acuerdo; no tiene, por tanto, que dar la solución, sino que se limita a conducir a las partes hacia la solución que ellas consideren oportuna.

En los casos de conciliación/mediación dentro de un proceso judicial, el conciliador/mediador debe evaluar las pretensiones de las partes para ver si son correctas; y, por consiguiente, el mismo formulará una propuesta a través de un acto de negociación que las partes tendrán que firmar.

b) Arbitraje dentro de un proceso judicial

Es similar al anterior, si bien ofrece la oportunidad de poder evitar un juicio formal. El procedimiento consiste en que las partes, en casos civiles relativamente pequeños, presentan el caso ante un grupo de juristas (en la mayoría de los casos, tres abogados). Estos abogados escuchan a los representantes legales de las partes en una vista informal, evalúan las pruebas y emiten un laudo no obligatorio, en el cual indican a las partes, que ellos creen que un tribunal decidiría en un caso similar. Las partes pueden aceptar el laudo, usarlo para negociar otro tipo de acuerdo o bien pedir la continuación de juicio.

3.3. Sistema judicial

Es el sistema más reglado a través del cual los tribunales utilizan los ADR como método complementario para llegar a la solución de la controversia.

Una herramienta que cada vez se usa más por los tribunales, promovido por el uso de ADR, es la utilización de expertos en determinados litigios.

Los expertos aportan en estos casos:

- Una opinión neutral en el caso de que exista oposición en las pruebas o en las opiniones de las partes.
- Dan pruebas cuando éstas no están claras.
- Ayudan a los jueces a entender cuestiones muy técnicas.
- Apoyan la economía procesal: especialmente, cuando cada parte aporta expertos.
- Equilibran la disparidad de poder entre las partes.

El objetivo final es ayudar en la dirección del juicio, haciéndolo más eficiente, si bien, independientemente de lo que digan los expertos, la última palabra siempre la tendrá el juez.

4. Breve referencia a los ODR

Entre 1999 y 2000 se ha asistido a una expansión progresiva de los ADR en una forma evolucionada, cuyo acrónimo se ha transformado en *Online Dispute Resolution (ODR)*, que recoge la utilización de técnicas de Internet en la resolución de las controversias.

Este término se refiere, tanto a la solución de controversias de Internet, cuyo sentido territorial indica el ámbito de un posible contencioso, como en sentido instrumental, de manera que se utilice Internet como medio tecnológico, cuya función es solucionar las controversias.

Entre los ODR que actualmente se encuentran en funcionamiento *on line*, destacan los siguientes:

a) La negociación asistida automática

El método denominado *blind offer* (negociación a ciegas) es un sistema de ODR que no prevé la intervención de un tercero mediador, sino del *software* que pone en comunicación a las partes en litigio.

b) La mediación on line

Esta técnica recoge todas las características de la mediación tradicional.

El sistema se activa mediante el envío de un modelo de instancia de una de las partes (datos, cuestiones de debate, valor de la cuestión, etc.).

Seguidamente se contacta con la otra parte y se crea una *resolution room* o lugar virtual de la reunión, y se nombra un mediador que otorga un *password* para asegurar la privacidad del proceso que se gestionará mediante un canal protegido.

El mediador entra en juego igual que en la mediación tradicional, pudiendo pedir aclaraciones a las partes, proponer temas de discusión, reuniones separadas con las partes, etc. Con la utilización del correo electrónico, se acortan los tiempos, evitando que las partes tengan que reunirse físicamente, reduciéndose así los gastos.

c) The virtual magistrate

Este ODR se está desarrollando desde 1996 en el marco de la *American Arbitration Association*. Se trata de un procedimiento gestionado mediante correo electrónico que dicta una decisión no obligatoria para las partes en setenta y dos horas. Su característica esencial es la de ser un instrumento voluntario para las partes, cuyo resultado se basa en el principio de equidad.

Se utiliza, especialmente, en litigios relacionados con los delitos de propiedad intelectual, competencia desleal, etc.

(Autora: Dra. Carmen Parra Rodríguez. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Abat Oliba de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Avruch, K. y P. Black. *La resolución de conflictos en marcos culturales; problemas y prospectos. Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos*. Virginia: George Mason University-Fairfax, 2000. Bazerman, M.A. *La negociación racional en un mundo irracional.* Buenos Aires: Paidós, 1993. Bush, R.A. y J.P. Folger. *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.* Barcelona: Granica, 1996. Mitchell, Ch.R. *El proceso y las fases de la mediación. Documento n.º 4. Donostia-San Sebastián: Gernika Gogoratuz, julio de 1994*. Ormachea Choque, I. *Manual de Conciliación. Instituto Peruano de Resolución de Conflictos: negociación y mediación*. Lima, 1999.

Vocablos conexos: Arreglo pacífico de solución de controversias. Mediación.

Resolución procesal (ver «Orden procesal»)

Responsabilidad de la institución arbitral

1. Introducción y noción general

Cuando dos partes que mantienen una controversia acuden al arbitraje, quedan sometidas a la decisión que resulte del proceso arbitral, viniendo obligadas a su cumplimiento. Sin embargo, en un proceso arbitral no sólo surgen obligaciones para las partes en litigio, sino también para el propio árbitro, así como para la institución arbitral que interviene en la administración del arbitraje.

Cuando estamos ante un arbitraje institucional, al aceptar la institución arbitral administrar el arbitraje de las partes en conflicto, está también asumiendo una responsabilidad respecto a las mismas e incluso respecto a terceros, como veremos posteriormente.

2. Derecho español

En la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se consagra esta responsabilidad de la institución arbitral en su art. 21, apartado 1, el cual, bajo el epígrafe *Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos*, dispone lo siguiente:

> 1. 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. 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.

La redacción de la vigente ley modifica el alcance de la responsabilidad señalado en el art. 16 de la Ley n.° 36/1988, pues, en principio, excluye de su tenor literal la culpa o negligencia. Así, la ley anterior contemplaba la responsabilidad del árbitro y, por ende, de la institución arbitral, por dolo o culpa, mientras que en la actualidad sólo se recoge la expresión «mala fe, temeridad o dolo».

Asimismo, es de destacar que el legislador español contempla la posibilidad de que los perjudicados se dirijan con una acción directa contra la propia institución arbitral, al mismo tiempo o con independencia de la que ejerzan contra los árbitros.

Así, por ejemplo, incluso si se resuelve el caso favorablemente para la corte arbitral a la que se reclama su responsabilidad, A.M. LORCA NAVARRETE cita entre su magnífica recopilación de jurisprudencia arbitral, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 23 de marzo de 2009, en la que la Sala analiza el supuesto de la eventual responsabilidad directa de la corte arbitral que ha designado como árbitro a una persona con antecedentes penales.

3. Comentarios del autor

La principal cuestión que se plantea al estudiar la responsabilidad de la institución arbitral, es el alcance de los casos en los que puede ejercitarse la acción contra la misma, dado el tenor literal de la ley. Dicho en otras palabras, cabe plantearse si la culpa del árbitro o de la institución administradora del arbitraje puede motivar el ejercicio de acciones contra la misma o si, por el contrario, debe basarse únicamente en las causas de mala fe o temeridad o dolo.

En nuestra opinión, si bien el texto del art. 21 de la Ley n.° 60/2003 es contundente, es cierto también que sobre el árbitro pesa un deber de cumplir fielmente su encargo recibido, lo cual es igualmente predicable de la institución arbitral. En atención a dicha obligación de cumplir fielmente el encargo recibido, expresión que denota la visión contractualista de la institución arbitral, es fácil argumentar que un árbitro no cumple debidamente sus funciones si obra con culpa o, al menos, si obra con culpa grave.

En este sentido, la jurisprudencia española correspondiente a la anterior Ley de 1988, no dudaba en responsabilizar a los árbitros de los perjuicios sufridos por las partes cuando aquéllos hubieren obrado con culpa grave, todo ello con base en lo dispuesto en los arts. 1.091 y 1.101 del Código Civil. Por ejemplo, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 15 de diciembre de 1995.

Por tanto, con independencia de la acción directa de la que disponen las partes para exigir a la institución arbitral el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la mala actuación del árbitro, además las partes pueden dirigirse también contra la institución arbitral para reclamar con base en el incumplimiento de su deber de administrar el arbitraje.

Pueden hacer valer la responsabilidad de la institución arbitral, no sólo las partes, sino también los terceros ajenos a la disputa que se ventila en el proceso arbitral y que se sientan perjudicados por la actuación de los árbitros, como ocurre en el caso de, por ejemplo, aquellas personas contra las que se han dirigido medidas cautelares por un error del árbitro o de los órganos de apoyo de la institución arbitral.

Una duda sobre la acción directa que consagra el art. 21 (la cual permite a las partes dirigirse directamente contra la institución arbitral), se produce en el caso de que las partes se sometan a un arbitraje institucional o administrado, pero sean ellas las que de consuno designen el árbitro. En tal caso, cabría plantearse si cabe derivar dicha responsabilidad de la institución arbitral por errores en su función, cometidos por un árbitro que no ha sido designado por dicha institución.

Junto con la acción directa prevista en el art. 21 de la Ley de 2003, la cual obligaría a la institución arbitral a abonar directamente los daños y perjuicios ocasionados por la mala actuación del árbitro, hay que contemplar la acción de regreso que tiene la institución para pedir al árbitro lo desembolsado en dicho concepto.

Finalmente, siguiendo a González Soria, podemos hacer una mínima exposición de casos en los que se puede generar la responsabilidad de la institución arbitral por sus propios actos u omisiones. El autor citado incluye todos los casos en los que se vulnere la obligación de seguir su propio reglamento arbitral, así como los casos en los que incurra en responsabilidad en la gestión y administración del arbitraje, mencionando expresamente los casos de designación de árbitros que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles o carezcan de la cualificación necesaria, por ejemplo, ser abogado en ejercicio en un arbitraje de derecho, la inobservancia de la institución de sus propias normas de designación de árbitros o cualquier otra violación de su normativa o de la normativa legal imperativa que coloque a una de las partes en situación de privilegio o suponga viciar de nulidad dicha designación (por ejemplo, designar un número par de árbitros).

(Autor: Ernesto Díaz-Bastien López. Abogado. Madrid).

Referencias bibliográficas: Merino Merchán. *Estatuto y responsabilidad del árbitro.* Madrid: Thomson Aranzadi, 2004. González Soria (coord.). «Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003». Madrid: Thomson Aranzadi, 2004.

Vocablos conexos: Árbitro. Arbitraje institucional. Confidencialidad (del arbitraje). Control judicial (del arbitraje). Impugnación del laudo arbitral. Anulación parcial.

Responsabilidad de los árbitros

La responsabilidad de los árbitros frente a las partes está vinculada con la forma de cumplir el encargo que éstas le han hecho para que dirima la controversia. Esto significa que tal responsabilidad surge por los daños que pudieran causar en las partes, al llevar adelante el arbitraje o al emitir el laudo. Dentro de este orden de ideas, podríamos decir que esa responsabilidad se derivaría del no cumplimiento, del cumplimiento defectuoso o del cumplimiento tardío.

El caso del no cumplimiento es perfectamente claro (o parece serlo): el árbitro que, después de haber aceptado, se niega sin causa suficiente a llevar adelante el proceso o a participar en el laudo, está incumpliendo el encargo; y, por tanto, debe responder por los daños que ello cause. Podemos pensar que tales daños serán los causados, fundamentalmente, por el retraso que ocasiona la renuncia del árbitro a continuar arbitrando. El cumplimiento tardío parece ser también claro, en tanto, que se incurra en el incumplimiento de los plazos establecidos para el arbitraje, esencialmente, el plazo para laudar.

Menos claro es el cumplimiento defectuoso. ¿Qué es lo que puede considerarse un defecto en la tarea de arbitrar? ¿Podría una de las partes sostener que se ha producido un cumplimiento defectuoso que le causa daño porque, a su manera de ver, no se ha adoptado la interpretación correcta de la ley aplicable? Nótese que esto puede poner en peligro el desarrollo del razonamiento jurídico del árbitro desde el momento que su interpretación puede ser entendida siempre por la parte perdedora como defectuosa o falsa. Y como en el Derecho, por su propia naturaleza, nos encontramos ante lo que los juristas medievales llamaban «materia controvertible», siempre habrá diferentes interpretaciones posibles. Es verdad que algunas pueden ser irracionales y deben ser descartadas; otras muchas tendrán un distinto grado de aprobación y dependen de las circunstancias y de la manera de pensar del árbitro. Pero, respecto de estas últimas, ¿dónde está el límite entre lo aceptable y lo defectuoso?

Algunas leyes de arbitraje limitan los factores de atribución a solamente el dolo y la culpa inexcusable. En mi opinión, ésta es una opción muy sana para no dar apoyo a estrategias intimidatorias de las partes, utilizando la responsabilidad del árbitro como arma de presión. En esta forma, quedan al margen de la responsabilidad los errores sin mayores consecuencias, las pequeñas negligencias, o simplemente las diferencias de interpretación en materia controvertible.

El dolo no requiere de mayor explicación y su inserción como criterio de responsabilidad parece perfectamente justificada: dolo cuando el árbitro incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia de una de las partes.

El problema surge con la definición de culpa; y, particularmente, de culpa inexcusable. Normalmente, no hay una definición en las leyes de arbitraje. Algunos autores definen la «culpa inexcusable» como una negligencia grave. Pero, parecería que no avanzamos mucho con esta explicación. Hay algunas exquisitas disquisiciones doctrinales que, jugando con las palabras, resultan un clásico ejemplo del círculo vicioso: es inexcusable lo que es grave; y es grave lo que es inexcusable.

¿Qué puede ser, entonces, considerado como negligencia grave tratándose de la conducta del árbitro frente al proceso y a las partes? ¿Cuál es el umbral que, al franquearlo, hace que abandonemos los recintos de la culpa leve y de la culpa a secas para entrar en los dominios de la culpa inexcusable?

Un caso de negligencia inexcusable por omisión, sería la falta de fundamentación de las resoluciones; y, en particular, del laudo. Otro caso de omisión puede ser la falta de análisis –o simplemente, de tomar en cuenta– los hechos probados por el afectado: ignorar las pruebas actuadas por una de las partes.

Pero, también puede haber una negligencia inexcusable por acción cuando el árbitro comete un grave error de derecho, es decir, cuando hace una interpretación insustentable de la ley: resolver un caso con una interpretación fantasiosa de la ley que no tiene fundamento racional serio.

Sin embargo, el tema de la interpretación merece un especial cuidado. Si partimos del principio de que en Derecho no existen deducciones matemáticas, sino que todo requiere ser evaluado y organizado cualitativamente –antes que cuantitativamente– para poder ser entendido y juzgado, entonces, la interpretación es un elemento esencial del razonamiento jurídico y se presenta de manera usual en el Derecho.

Como sostenía Kelsen, todas las normas admiten varias interpretaciones y el juzgador tendrá que escoger entre ellas, atendiendo a criterios que no están en las normas mismas, sino en la perspectiva con que mira las cosas. Pero, claro está, decir que toda norma tiene varias interpretaciones no significa que tiene todas las interpretaciones imaginables: siempre hay varias interpretaciones posibles; pero, sin perjuicio de ello, la misma norma tiene muchas interpretaciones imposibles porque carecen de justificación racional y resultan contradictorias con el texto y con el concepto generalmente aceptado. Como alguna vez dijo Umberto Eco, «si Jack el Destripador nos dice que cometió sus crímenes inspirado en una interpretación del Evangelio según San Lucas, es probable que aun quienes apoyan las líneas más creativas de la interpretación, pensarían que el tal Jack había leído a San Lucas en forma descabellada».

Dentro de este orden de ideas, de ninguna manera deberían admitirse juicios de responsabilidad contra árbitros, simplemente, porque se cuestiona la interpretación de una o de algunas normas utilizadas en el laudo. La culpa «inexcusable» sólo se configura cuando la interpretación resulta manifiestamente absurda, al punto que su aplicación da un resultado *contra legem*. Pero, si admitiéramos cualquier tipo de objeción a la interpretación del árbitro –incluyendo la peregrina tesis de que las normas no necesitan interpretación– estaríamos autorizando una suerte de revisión sancionatoria en el plano judicial de casi todos los procesos arbitrales; porque muchas veces la parte que ha perdido, intentaría demandar al tribunal arbitral por daños y perjuicios. En principio, el hecho de que el criterio de interpretación sea simplemente discutible, no origina ningún supuesto de responsabilidad del árbitro.

No debemos, pues, olvidar que en cualquiera de los casos de presunta responsabilidad de los árbitros –no cumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío– sólo puede atribuirse, efectivamente, responsabilidad si tales incumplimientos son producto del dolo o de la culpa inexcusable. Y tenemos que ser muy estrictos (interpretación restrictiva) en la determinación de lo que puede ser calificado como culpa inexcusable.

Ahora bien, ¿a quién corresponde la carga de la prueba? ¿Es la parte presuntamente dañada quien debe probar la culpa inexcusable o es el árbitro quien, ante el reclamo de la parte, debe demostrar que no incurrió en culpa inexcusable?

En principio, *dolus nunquam praesumitur*. Y sucede que la culpa inexcusable es asimilada para muchos efectos al dolo, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia. Por consiguiente, debemos pensar que es a la parte que demanda por daños debidos a faltas de responsabilidad del juez, quien tiene que probar no sólo la existencia de los daños, sino también la culpa inexcusable del árbitro.

Un caso interesante vinculado al tema de este vocablo arbitral, es la eventual responsabilidad de las instituciones que patrocinan el arbitraje.

Como sabemos, hay arbitrajes *ad hoc* y hay arbitrajes administrados por las Cámaras de Comercio y otras instituciones, tanto internacionales como nacionales. ¿Tienen estas entidades responsabilidad por los actos de los árbitros en arbitrajes administrados por ellas?

Algunas leyes sobre arbitraje incluyen –sin mayor precisión– la responsabilidad de las instituciones arbitrales. Sin embargo, de acuerdo a la teoría de la responsabilidad, éstas tendrían responsabilidad sólo en aquello en que directamente hayan participado.

Podría decirse que por los actos de un mal árbitro, responde solidariamente la institución arbitral que lo incluyó negligentemente en su panel de árbitros posibles. Sin embargo, los cargos contra el árbitro tendrían que ser muy notorios para que alcancen a la institución que lo admitió en su nómina de árbitros elegibles; y, por otra parte, si bien ese árbitro se encontraba disponible a juicio de la institución, también hay que considerar que las propias partes eligieron y admitieron los correspondientes árbitros, tomándolos de una lista bastante amplia. Por consiguiente, en el nombramiento de los árbitros hay responsabilidad, tanto de la institución administradora (en mi opinión, en menor grado) como en las propias partes que los eligieron o los aceptaron.

Casos más razonables de responsabilidad de la institución arbitral pueden producirse si ha habido una negligencia de la institución en el nombramiento del árbitro, cuando éste ha sido efectuado sin exigirle la declaración sobre la ausencia de impedimentos para asumir tal función. Más tarde, se encuentra que esa persona tenía una relación familiar, comercial o profesional con una de las partes, lo que provoca su recusación y la anulación de todo lo actuado en el proceso, el cual tiene que recomenzar; y esto genera daños a las partes de los que serían responsables, tanto el árbitro recusado como la institución arbitral negligente.

Una pregunta interesante sobre este tema es si la responsabilidad de los árbitros que forman parte de un tribunal, es solidaria o independiente.

En principio, si admitimos el origen contractual del arbitraje, debemos pensar que la solidaridad no se presume y que, si no ha sido expresamente establecida, no puede tomarse en cuenta. Ahora bien, cuando se trata de un laudo suscrito por todos los árbitros, cada uno tiene responsabilidad por lo que ha firmado, sin que exista solidaridad entre ellos. El voto singular de un árbitro puede eximirlo de esta responsabilidad si la fundamentación de su voto se refiere, precisamente, a una discrepancia en aquello que da origen a daños por culpa inexcusable.

Nos queda una pregunta interesante: ¿qué sucede con el laudo, cuando se ha declarado judicialmente la responsabilidad por daños y perjuicios de los árbitros, por haber planteado una interpretación razonablemente inaceptable de la ley?

Pienso que si tal laudo está afecto a las causales de nulidad y es declarado nulo por el Poder Judicial, no cabe duda de que es preciso laudar de nuevo. Pero, si no se interpuso recurso de anulación contra el laudo dentro del término correspondiente, éste queda incólume, aunque se haya determinado, posteriormente, la responsabilidad de los árbitros por haber basado su laudo en una interpretación fantasiosa o corrupta.

(Autor: Fernando de Trazegnies.
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. Responsabilidad de la institución arbitral.

Revisión del laudo

La «impugnación» es la actividad de las partes que tiende a depurar los posibles errores producidos en una resolución judicial o en un laudo arbitral. La impugnación comprende dos instituciones procesales, los recursos y las acciones autónomas de impugnación. La diferencia esencial entre ambas instituciones radica en que, así como los recursos se producen dentro del mismo proceso en que la resolución que se impugna ha sido dictada, las acciones autónomas se ejercitan en un proceso distinto, establecido con tal finalidad, y tienen por objeto dejar sin efecto resoluciones firmes –en nuestro caso– laudos, que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Actualmente, ya no es necesario que los laudos sean firmes, dado que la reforma de la *Ley de Arbitraje española de 2003* («LA») realizada en 2011, ha eliminado la distinción entre laudo definitivo y firme.

Estas acciones excepcionales tienen su fundamento en razones de justicia. Si es cierto que con la firmeza (o irrecurribilidad) y la cosa juzgada, se pretende garantizar la seguridad jurídica, que es un valor de la mayor importancia, no lo es menos que existen circunstancias que justifican que se sometan a revisión; y, en su caso, se rescindan sentencias o laudos que han sido dictados injustamente. La revisión pertenece, entre otras,

a la categoría de las acciones autónomas de impugnación de resoluciones firmes y procede contra cualquier sentencia firme o cualquier laudo, simplemente, cuando concurran los motivos que se tratarán más adelante.

La LA regula la impugnación en su Título VII, que lleva por leyenda «De la anulación y de la revisión del laudo». Este Título comprende dos acciones diferentes, de importancia también distinta. El art. 43 LA, según la nueva redacción dada por la reforma de la LA de 2011, dispone que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación; y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil («LEC») para las sentencias firmes». Al no distinguirse ahora entre laudos definitivos y firmes, y no siendo, pues, la firmeza del laudo un requisito esencial para acudir a la revisión, la elección de la vía de la acción de anulación o de la revisión, depende, en la actualidad, del motivo en que se fundamente su impugnación.

Puede afirmarse que el laudo total o parcial que pone término a las actuaciones arbitrales, resolviendo sobre el fondo de la controversia, como aquellos laudos (parciales) que resuelven sobre cuestiones diferentes al fondo de la controversia [sobre los que la LA admite, expresamente, el ejercicio de la acción (arts. 22.3 y 23.2)], pueden ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de nulidad. Además, puede considerarse que también son impugnables por esta vía los laudos donde se recoja una renuncia, un allanamiento o un acuerdo entre las partes (art. 36 LA).

El laudo podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de anulación si se diera alguno de los motivos que se prevén en el art. 41.1 LA. Una vez que el proceso de anulación finalice mediante sentencia firme (total o parcialmente desestimatoria de la acción de nulidad) o bien, una vez transcurrido el plazo para ejercitar la acción de anulación sin haber hecho uso de ese medio de impugnación, ese laudo podría ser impugnado en revisión si concurriera alguno de los motivos específicos de la revisión.

Como ya hemos dicho, no obstante lo anterior, al no preverse ahora que el laudo tenga que ser firme, también es posible su impugnación directa en revisión si concurriera alguno de sus propios motivos. En el caso de que la revisión se inste porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «TEDH» haya declarado que una resolución judicial firme ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales «CEDH» y sus Protocolos, siempre que la violación por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (art. 510.2 LEC, según reforma operada en la LEC por la LO n.º 7/2015, de 21 de julio de 2015), dicha resolución firme habría sido actualmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente y no el laudo, al establecer el art. 34 CEDH que «el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organismo gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos».

Parece que la LA está pensando en la posibilidad de revisar únicamente los laudos (totales o parciales) que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, siendo dudoso que la revisión proceda contra los laudos de otra naturaleza, en los términos previstos en la LEC. De entrada, y de acuerdo con esta remisión, la revisión del laudo deberá plantearse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 56.1º Ley Orgánica del Poder Judicial –«LOPJ»–) o ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil [art. 73.1 b) LOPJ], conforme a lo dispuesto en la LOPJ; es decir, según la naturaleza común o foral o especial, respectivamente, de la materia controvertida en el arbitraje (art. 509 LEC).

Podrá solicitar la revisión quien hubiera sido parte perjudicada por el laudo impugnado (*ex* art. 511.I LEC) y, quizás, el Ministerio Fiscal, con apoyo en lo dispuesto en el art. 3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal («EOMF»). En el supuesto del art. 510.2 LEC, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 512.II LEC).

La revisión deberá fundarse en alguno de los motivos del art. 510.1 LEC, siendo de aplicación relativamente sencilla al arbitraje los números: 1º cuando después de pronunciado el laudo, se recobraran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado; 2º si el laudo hubiera 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 se declarara después penalmente; y 4º si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. Por el contrario, es más que dudosa la aplicación del motivo 3º si el laudo hubiera 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 le sirvieron de fundamento, y ello porque el art. 458 Código Penal

(«CP»), sobre el falso testimonio de los testigos, al que se remite el art. 459 CP respecto de los peritos, sanciona únicamente el prestado en «causa judicial». Además, ha de tenerse en cuenta lo que ya hemos recogido en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 510.2 LEC).

La revisión debe solicitarse dentro de los plazos, absolutos y relativos, previstos en el art. 512 LEC. Para el cómputo del primero (cinco años), la LEC marca como momento inicial el de «la fecha de la publicación de la sentencia», expresión que debe entenderse referida a la fecha en que el laudo se hubiera dictado. No siendo de aplicación cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que en este caso la solicitud deberá formalizarse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal. Respecto del segundo, la ley establece que la revisión se podrá solicitar siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad.

Para la revisión de los laudos habrán de seguirse también las reglas de procedimiento previstas en la LEC, particularmente, las establecidas en los arts. 513 y 514. La aplicación del último precepto a la impugnación de un laudo plantea algunos problemas. Así, cuando el art. 514.1 LEC dispone que, admitida la demanda de revisión, «el Secretario judicial [ahora Letrado de la Administración de Justicia desde la LO n.º 7/2015 de 21 de julio de 2015] solicitará que se remitan al tribunal todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne», es preciso entender que el Letrado de la Administración de Justicia habrá de reclamar el expediente arbitral a los árbitros. Pero, como quiera que los árbitros sólo tienen la obligación de conservarlo durante dos meses, salvo que las partes acordaran otra cosa (art. 38.3 LA), y habida cuenta de que la revisión puede solicitarse hasta cinco años después de dictado el laudo, la previsión del art. 514.1 LEC puede ser de imposible o difícil cumplimiento, con la excepción, quizás, de los arbitrajes institucionales, en los cuales la conservación de las actuaciones arbitrales es más prolongada, pues se lleva a cabo conforme a los criterios de la correspondiente Corte arbitral.

Atendidas estas dificultades, parece razonable que a la demanda de revisión se acompañe, al menos, el laudo, además de aquellos otros documentos en que se fundamente la impugnación (*ex* art. 510 LEC), y el documento justificativo de haber efectuado el depósito a que se refiere el art. 513.1 LEC. Con el escrito solicitando la revisión también habrá de acompañarse el justificante del pago de la tasa judicial conforme al modelo oficial, cuando se trate de una persona jurídica que no esté exenta, ya que las personas físicas sí lo están, dado que, según el art. 5.1 a) de la Ley n.º 10/2012 de 20 de noviembre de 2012, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por el Real Decreto-Ley n.º 3/2013 de 22 de febrero de 2013, y por Ley n.º 25/2015 de 28 de julio de 2015, «el devengo de la tasa se produce en el orden jurisdiccional civil, en los siguientes momentos procesales: a) Interposición del escrito de demanda». Por Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2016 de 21 de julio de 2016, [*vid*. página web del Tribunal Constitucional Español o Boletín Oficial del Estado n.º 196, de 15 de agosto de 2016] se ha estimado, parcialmente, recurso de inconstitucionalidad contra las tasas judiciales, no declarándose en el caso de demandas en el orden jurisdiccional civil al no pronunciarse sobre el particular el Alto Tribunal, dado que no fue objeto de la impugnación por la parte recurrente.

Como quiera que la revisión comienza por «demanda», *ex* art. 514.1 LEC, parece indudable que habrá de acompañarse el comprobante del pago de la tasa, según lo expuesto. Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia, una vez admitida la demanda y solicitadas las actuaciones, emplazará a cuantos en el pleito (entiéndase en el procedimiento arbitral) hubieren litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de veinte días la contesten, sosteniendo lo que convenga a su derecho (art. 514.1 LEC). Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los arts. 440 y siguientes, relativos al juicio verbal (art. 514.2 LEC).

En todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si hay o no lugar a la estimación de la demanda (art. 514.3 LEC). Si se suscitaren cuestiones prejudiciales penales durante la tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales establecidas en el art. 40 LEC sobre prejudicialidad penal, sin que opere ya el plazo absoluto de caducidad previsto en el art. 512.1 LEC.

También será aplicable a la revisión de los laudos lo establecido en el art. 515 LEC acerca de la posible suspensión de la ejecución, en los términos establecidos en el art. 566 LEC.

Con todo, el principal problema que suscita la aplicación de las normas de la revisión es la eficacia de la sentencia estimatoria, habida cuenta de que la revisión tiene tan sólo un efecto rescindente. Así, dispone el art. 516.1 LEC que los autos se devolverán «al tribunal del que procedan para que las partes usen de su

derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente». Trasladada esta regulación al arbitraje, resulta que el Tribunal Supremo (o Tribunal Superior de Justicia) tendría que remitir las actuaciones a los árbitros, para que ante ellos se llevara a cabo el juicio rescisorio. Pero, como quiera que la temporalidad de las facultades de los árbitros hace imposible retrotraer las actuaciones, las partes, por tanto, sólo podrán acudir a un nuevo arbitraje, si se entendiera vigente el convenio arbitral (salvo renuncia; con lo cual, quedaría expedito el cauce ante la jurisdicción ordinaria) o a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el tribunal (arbitral o judicial) que conozca de la controversia, estará vinculado por los pronunciamientos de la sentencia de revisión (art. 516.1 II LEC). La única solución de este problema pasaría por modificar la LA, admitiendo la «vigencia» de las facultades de los árbitros, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos.

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia cabrá «recurso» de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 44 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –«LOTC»–).

La *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985* («LM»), con las enmiendas aprobadas en 2006, no prevé la acción de revisión del laudo, dado que el capítulo VII, «Impugnación del laudo»; y, en concreto, el art. 34 único de ese título, sólo se refiere al recurso de nulidad. Así, es muy ilustrativo el título del mencionado artículo, «La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral».

El *Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975* («CPCF»), con sus respectivas reformas, dispone que el recurso de revisión procede contra el laudo en los casos previstos para las sentencias en el art. 595 CPCF y con los requisitos establecidos en los arts. 594, 596, 597 y 601 a 603 CPCF. El recurso se tramita ante el tribunal arbitral. No obstante, si el tribunal arbitral no puede reunirse nuevamente, el recurso se tramita ante la Corte de Apelación que sea competente para conocer de otros recursos contra el laudo (art. 1502 CPCF).

El recurso de revisión sólo puede solicitarse por quienes han sido partes o han estado representadas en el procedimiento, se entiende, arbitral (art. 594 CPCF).

El art. 595 CPCF recoge los motivos aplicables, tanto a las sentencias como a los laudos y son los siguientes: 1. Si se descubre, tras el laudo, que ha sido dictado por la actuación fraudulenta de la parte en cuyo favor se hubiese dictado; 2. Si, tras el laudo, se descubren pruebas decisivas que habían sido retenidas por obra de una de las partes; 3. Si el laudo ha sido fundado en instrumentos reconocidos o judicialmente declarados falsos después de haber sido dictado; 4. Si el laudo se basa en documentos, testimonios, o «confesiones» judicialmente declarados falsos después de haber sido dictado. En todos estos casos, el recurso sólo procederá si el perjudicado por el laudo no ha podido, salvo por falta de diligencia por su parte, hacer valer la causa que invoca antes de que la resolución haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

El plazo del recurso de revisión es de dos meses y comienza a computar desde el día en que la parte ha conocido la causa de revisión que ella invoca (art. 596 CPCF).

Todas las partes en el procedimiento impugnado, entiéndase arbitral, deben ser citadas en el recurso de revisión a instancia del recurrente, so pena de inadmisibilidad (art. 597 CPCF).

Si el tribunal arbitral (o, en su caso, la Corte de Apelación) declara el recurso admisible, resuelve en el mismo laudo (o sentencia) sobre el fondo del litigio, salvo si hubiera lugar a una instrucción complementaria (art. 601 CPCF).

Si la revisión no está justificada más que contra una de las peticiones (o motivos), dicha petición será la única que se revise, salvo que las otras no dependan de ella (art. 602 CPCF).

No es admisible que una parte solicite la revisión de un laudo que ella ya haya impugnado por esta vía, salvo por un motivo que se haya revelado posteriormente. El laudo (o sentencia) que decide el recurso de revisión, no podrá ser atacado por esta vía (art. 603 CPCF).

El *Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008* («CPCS»), en vigor desde el 1 de enero de 2011, regula el recurso de revisión contra el laudo en los arts. 396 a 399. El recurso de revisión se tiene que fundar en alguno de los motivos que se recogen en el art. 396 CPCS. Así, este artículo dispone que: una parte puede, por alguna de las siguientes causas, solicitar al tribunal competente, en virtud del art. 356.1 [según el cual, el cantón donde el tribunal arbitral tiene su sede, designa un tribunal superior competente para decidir sobre los recursos y las demandas de revisión], la revisión de un laudo con efecto de cosa juzgada: a) cuando alguna de las partes descubra después hechos pertinentes o medios de prueba concluyentes que no haya podi-

do invocar durante el procedimiento, salvo los hechos o medios de prueba posteriores al laudo; b) cuando un proceso penal establezca que el laudo está condicionado en perjuicio del recurrente por un delito, incluso si no se produce ninguna condena; si la acción penal no es posible, la prueba puede ser valorada de otra manera; c) cuando la parte haga valer que la renuncia de la acción, el allanamiento o la transacción arbitral no han sido válidas (art. 396.1 CPCS).

La revisión por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH») puede ser solicitada con base a las siguientes causas: a) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya constatado, en una resolución definitiva, una violación del CEDH o de sus protocolos; b) cuando una indemnización no es suficiente para remediar los efectos de la violación; c) cuando la revisión sea necesaria para remediar los efectos de la violación (art. 396.2 CPCS).

La demanda de revisión tiene que ser presentada dentro de noventa días computados desde el descubrimiento del motivo de revisión. El derecho a solicitar la revisión caduca a los diez años contados desde que el laudo goza del efecto de cosa juzgada, a excepción del motivo previsto en el art. 396.1 b) CPCS [arriba transcrito] (art. 397 CPCS).

El procedimiento se rige por los arts. 330 y 331 CPCS (art. 398 CPCS). Así, el tribunal notifica la demanda de revisión a la parte contraria para que alegue lo que estime oportuno, salvo si la demanda es manifiestamente inadmisible o infundada (art. 330 CPCS). La demanda de revisión no suspende el efecto de cosa juzgada ni el carácter ejecutivo de la decisión. No obstante, el tribunal puede suspender la ejecución de la decisión, ordenando, en caso de necesidad, medidas cautelares o de aseguramiento.

Si la demanda de revisión es estimada, el laudo es anulado y el asunto reenviado al tribunal arbitral para que resuelva de nuevo. Si el tribunal arbitral no conserva ya el número de árbitros requerido, es aplicable el art. 371 CPCS [sobre sustitución de un árbitro] (art. 399 CPCS).

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia. Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid).

Referencias normativas: Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje española. Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil española. Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial español. Ley n.º 50/1981 de 30 de diciembre de 1981, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español. Ley Orgánica n.° 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica n.° 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial. Ley Orgánica n.º 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal español. Ley n.º 10/2012 de 20 de noviembre de 2012, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses españoles. Real Decreto-Ley n.º 3/2013 de 22 de febrero de 2013, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita españoles. Ley n.° 25/2015 de 28 de julio de 2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social. Ley Orgánica n.º 2/1979 de 3 de octubre de 1979, del Tribunal Constitucional español. Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975. Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Referencias bibliográficas: Claros Alegría, Pedro. *De la anulación y de la revisión del laudo*. *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.* Hinojosa Segovia, Rafael (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, 2.ª ed. pp. 276-278. Cucarella Galiana, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 230-244. Hinojosa Segovia, Rafael. *De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)*, *Comentario a la Ley de Arbitraje.* De Martín Muñoz, Alberto y Santiago Hierro Anibarro (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 569-571. Hinojosa Segovia, Rafael. *El control del laudo. Acciones de anulación y de revisión*, *Curso de Derecho arbitral.* Merino Merchán, José Fernando (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 232-235. Hinojosa Segovia, Rafael. *Arbitraje Comercial Internacional en España: Marco legal y jurisprudencial*, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Hierro Hernández-Mora, Antonio y Cristian Conejero Roo (dirs.). Madrid: La Ley, Grupo Wölters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2012, pp. 447 y 448. Merino Merchán, José F. y José Mª. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2014, 4.ª ed., pp. 797-807.

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Control judicial (del arbitraje). Cosa juzgada. Cosa juzgada del laudo arbitral. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. Impugnación del laudo arbitral. Laudo. Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral.

S

SECRETARIO DE TRIBUNAL ARBITRAL

El secretario del tribunal arbitral se constituye como una figura que asiste al árbitro, tratándose, en todo caso, de un órgano de apoyo administrativo para el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral. Este cargo existe tanto en los arbitrajes institucionales como en los arbitrajes *ad hoc.*

La designación del secretario se desarrolla de distinta manera dependiendo del tipo de arbitraje en cuestión. Así, en los arbitrajes *ad hoc* son los propios árbitros quienes tienen el cometido de designar al secretario que les va a asistir en dicho procedimiento. Mientras que en el caso de los arbitrajes institucionales, el secretario es nombrado por la institución arbitral sin que exista intervención alguna del árbitro.

Las funciones de este órgano de apoyo adquieren especial relevancia precisamente en aquellos procedimientos arbitrales donde se genera un volumen importante de documentación o de gran complejidad, pudiendo resultar clave su labor para descargar al tribunal de trabajo. De esta manera se permite al árbitro centrarse en el fondo del asunto y en el laudo arbitral.

Sin embargo, tal y como advierten MANTILLA SERRANO y POLKINGHORNE, es fundamental que el secretario no traspase el ámbito puramente administrativo de sus labores, ya que, de adentrarse en gestiones ligadas a la deliberación del arbitraje, ello supondría un peligro para el principio *intuitu personae* del árbitro.

A pesar de lo anterior, tal y como señala un informe de *American Review of International Arbitration* contenido en el volumen 17 de dicha publicación, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen guardar silencio acerca de la designación y funciones del secretario. Es el caso de instituciones como el Centro Internacional para la Resolución de Disputas, bajo el auspicio de la AAA, Ciadi, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la LCIA, entre otros, aunque existen excepciones.

Como explicación a este mutismo por parte de ciertas instituciones en relación a la figura del secretario, MANTILLA SERRANO muestra el recurso a esta figura de apoyo como una medida que enfrenta a dos escuelas. Según este experto en arbitraje, la primera sería la denominada «judicialista» que apoya la intervención del secretario en el seno del procedimiento arbitral de la misma forma que ocurre con su homólogo en los tribunales, autorizando su desempeño de funciones fuera del ámbito estrictamente administrativo. Sin embargo, este autor también cita otra escuela que sólo aceptaría la opción del secretario como mero apoyo administrativo, citando a la mayoría de los reglamentos utilizados en el arbitraje internacional como partidarios de esta segunda vertiente, al no recoger la figura en sus reglamentos.

A raíz de lo anterior, el Panel de la CCI –constituido en preparación del Congreso de 2012 en Singapur– lanzó una encuesta a nivel internacional entre los profesionales del arbitraje para indagar sobre esta cuestión en torno a la limitación de funciones del secretario. El resultado mostró que una opinión mayoritaria de los encuestados se inclinaba por que los secretarios conservasen un rol meramente administrativo.

Debido a la escasa regulación de la figura del secretario, algunas instituciones arbitrales se encuentran en la necesidad de aclarar la labor de este sujeto mediante publicaciones adicionales. Así, en el caso de la CCI, se publicó una actualización a un anterior documento mediante la nota acerca de la designación, obligaciones y remuneración de los secretarios que entró en vigor el 1 de agosto de 2012. En el mismo sentido y con carácter previo a ésta, se publicaron las *Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral,* publicadas en 1996 y cuyos arts. 26 y 27 recogen la posibilidad de designar a un secretario y describen sus funciones.

Por último, dentro de los instrumentos que sí regulan esta figura puede citarse el Reglamento de Arbitraje Internacional Suizo que prevé en el art. 15 la designación del secretario por el tribunal arbitral previa consulta a las partes. En España, además de constar reflejado el puesto del secretario en el texto de la normativa, a éste se le encomienda de manera expresa la gestión de ciertas labores durante el desarrollo del proceso arbitral. Así, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje regula como funciones del secretario las de asistencia en la práctica de la prueba (art. 33.2), traslado de los escritos procesales a las partes (art. 42.b) y citaciones a vistas, entre otras (art. 42.c).

No cabe duda de que el secretario arbitral resulta un órgano útil para el tribunal arbitral. Por esta razón, mientras no se recoja su designación y funciones, es necesario dotar tanto a la designación como las funciones del secretario, de total transparencia, de manera que su participación resulte consensuada por las partes del arbitraje, salvaguardando así la correcta intervención de esta figura en el procedimiento.

(Fátima Gil Ibáñez; DAC Beachcroft. Madrid).

Referencias bibliográficas Mantilla Serrano F. «Uso y abuso del secretario del tribunal arbitral». En *Ámbito Jurídico*. Polkinghore, M. (White & Case LLP). «Different Strokes for Different Folks? The Role of the Tribunal Secretary». En *Kluwer Arbitration Blog*, mayo 2014. Saghy Cárdenas, P.J. «El secretario del tribunal arbitral». En *VenAmCham*. Cámara Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca), marzo-abril 2013, pp. 14-16. «Secretaries to International Arbitral Tribunals, Joint Report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association». En *Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, año 1996. *The American Review of International Arbitration* (ARIA). *Revised Note on the Appointment, Duties and Remunerations of Administrative Secretaries,* año 2006, vol. 17, n.º 4, pp. 575-596. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 23, n.° 1. En vigor desde agosto de 2012. «Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries». En *International Council for Commercial Arbitration*, The ICCA Reports n.° 1, abril 2014.

Vocablos conexos: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Árbitro. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Ciadi. Cnudmi. Laudo arbitral. Tribunal arbitral.

Sede del arbitraje

Los operadores jurídicos han advertido cada vez más la importancia de acordar en el convenio arbitral, el lugar del arbitraje como se deriva de la circunstancia de que muy pocos casos tratan problemas específicos derivados del lugar del arbitraje y de las estadísticas de las instituciones arbitrales, donde más del 85% de los casos sometidos a arbitraje institucional contienen una elección expresa de las partes.

De acuerdo con esos mismos estudios, la elección en torno al lugar del arbitraje se ve influida por la infraestructura legal del país; es decir, en relación con la ley aplicable al arbitraje, así como por razones de conveniencia, no resulta infrecuente que se elija el lugar del arbitraje tanto en consideración a un lugar neutral, esto es, un lugar que no se conecte con los establecimientos de las partes en el contrato, y por ello, no será infrecuente que el lugar pactado no guarde conexión alguna con el contrato, como por razón, según se ha indicado, de la conexión del lugar con la *lex arbitri*.

En el estudio realizado por el *School of International Arbitration* de *Queen Mary* junto con el despacho White & Case: *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration* (disponible en http://www.arbitrationonline.org/research/2010), se considera que para los encuestados, el factor más importante de cara a elegir el lugar del arbitraje (62%) se relaciona con la ley aplicable al arbitraje, neutralidad e imparcialidad, así como la posición de los jueces estatales en relación con el arbitraje, lo que incluye también que el Estado de la sede sea parte del CNY. A ello sigue, el Derecho aplicable al contrato (46%), por la conexión que tiene la ley aplicable al arbitraje en relación con la ley aplicable al contrato. La conveniencia también resulta un importante factor (45%), lo que incluye: el idioma, cultura, usos aplicables, etc. De acuerdo con el estudio indicado de entre los diversos lugares o sedes de arbitraje, Londres, París, Nueva York y Ginebra, se muestran como los más seleccionados en los últimos años, aunque están emergiendo otros como Singapur, especialmente, en relación con disputas en las que una de las partes es de un país asiático.

El lugar del arbitraje es una de las disposiciones importantes que debe existir en todo convenio arbitral, aunque no es un elemento esencial. La determinación del lugar del arbitraje (referencia fáctica) o sede arbitral (referencia jurídica) corresponde *prima facie* a la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional.

La mayor parte de las cláusulas modelo ofrecidas por los diversos reglamentos arbitrales, contienen una opción por el lugar o sede del arbitraje. Así, por ejemplo, la cláusula modelo en el Reglamento CCI (2012) o en el Reglamento Arbitraje Cnudmi (2010). Las cláusulas modelo desarrollan una función muy importante en la práctica, pues evitan los defectos en la redacción del convenio arbitral, dando lugar a lo que se conoce en la práctica como cláusula patológica, que constituye una causa frecuente de litigio entre las partes y que puede conllevar, en casos extremos, a la falta de competencia del tribunal arbitral.

La sede del arbitraje es, de esta manera, el lugar geográfico elegido por las partes que determina, entre las consideraciones más relevantes, la ley rectora del procedimiento (*lex arbitri*) y de las normas que dan validez a lo actuado por los árbitros, la nacionalidad del laudo, la ley aplicable a la solución de la controversia y la jurisdicción del Estado cuyos tribunales deberán auxiliar a los árbitros.

El lugar del arbitraje es, en consecuencia, un concepto legal que podrá coincidir o no con el lugar donde las audiencias previas, audiencias sobre el fondo, o la inspección de las mercancías tendrán lugar. Como tal concepto legal es importante para determinar, además de los ya mencionados anteriormente, el lugar donde se tendrá por dictado el laudo; y, en consecuencia, un concepto clave en relación a la nacionalidad del laudo y, por ende, importante de cara al procedimiento de exequátur. También podrá ser relevante en relación con la determinación del Derecho material aplicable a la disputa y los tribunales que prestarán asistencia y supervisión al tribunal arbitral.

La elección de la sede o lugar del arbitraje es, además, relevante para que éste pueda ser considerado como arbitraje internacional, dado que, entre otros criterios, se estará al lugar del arbitraje cuando esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (art.3.1 b) Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, en adelante «LA»). Finalmente, la sede o lugar del arbitraje constituye, en la generalidad de los supuestos, el criterio de competencia judicial para la anulación del laudo. Así, por ejemplo, se prevé en el art. IX de la Convención de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (CG), en el art. V del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras CNY) y art. 1.2 Ley Modelo Cnudmi. Conectado a lo anterior, indicar que, incluso, un laudo arbitral puede ser anulado si el lugar del arbitraje no se corresponde con el pactado por las partes en su convenio arbitral.

Si bien en la moderna terminología arbitral, se usa tanto el concepto legal del «lugar» (*place*) como el del «sitio» (*seat*), de tal forma que la tendencia es reservar el término «lugar» para la física localización del procedimiento arbitral, ha de quedar claro que bajo, tanto del Reglamento de Uncitral (art. 16, 1976 y art. 18, 2010) como de la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje (art. 20); y, en consecuencia, también bajo numerosos reglamentos y leyes de arbitraje, el término lugar (*place*) se considera tanto un concepto legal, por lo que las partes cuando eligen el lugar del arbitraje importan determinadas consecuencias jurídicas; como físico, esto es, el lugar donde el procedimiento arbitral tendrá lugar. Asimismo, y con independencia del nombre elegido, ha de quedar claro que si el procedimiento tiene lugar en un sitio diferente al elegido por las partes, ello no implica un cambio en el lugar jurídico.

En el arbitraje comercial internacional es predominante el principio anteriormente mencionado, y así lo reconoce claramente el art. 26.1 Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (LA), estipulando que «las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje». A falta de tal acuerdo, el art. 26.1 LA estipula que el lugar «lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes», siendo ésta la práctica habitual en el arbitraje internacional a nivel legal, aunque no tanto a nivel de reglamentos institucionales.

Efectivamente, a nivel legal reconocen la libertad de las partes en la determinación del lugar del arbitraje, entre otras, art. 20.1 Ley Modelo, sección 1043(1) CC Procesal alemán; sección 22.2 Ley de Arbitraje de Malasia; sección 3(c) Ley de Arbitraje inglesa; sección 20.2 Ley de Arbitraje y Conciliación de la India. A nivel institucional, la respuesta varía y así hay instituciones que consideran que decidirá la institución de arbitraje: art. 13 (iii) SCC Rules; art. 39 a) WIPO Rules. Un sistema mixto por el cual primero decidirá la institución y, posteriormente, el tribunal arbitral: art. 13.1 ICDR Rules.

Como se ha indicado, los diversos Reglamentos de Arbitraje advierten de la importancia del lugar o sede del arbitraje, estipulando como uno de los elementos opcionales a incluir en la cláusula modelo, el relativo al lugar del arbitraje (ciudad o país). En algunos modelos ofertados por instituciones de arbitraje, el lugar se hace coincidir con el establecimiento del centro arbitral; así se indica, por ejemplo, en la cláusula modelo ofertada por el Centro Internacional de Arbitraje de Hong-Kong, que, asimismo, recomienda la inclusión del Reglamento Uncitral; y, al mismo tiempo, el centro funciona como autoridad nominadora.

Al mismo tiempo, debe destacarse cómo algunos reglamentos fomentan el acuerdo temprano de las partes sobre esta cuestión.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Cnudmi (2010) estipula en la reglamentación sobre la notificación y la respuesta al arbitraje, que el lugar del arbitraje es una de las menciones obligatorias (arts. 3.2 g) y 4.1 b). También se fomenta el acuerdo en el arbitraje institucional. Por ejemplo, en el Reglamento CCI (2012)

uno de los elementos que se incluyen en la solicitud y la contestación a la solicitud de arbitraje es, precisamente, el relativo al lugar. *Vid*. arts. 4.3 h) y art. 5.1 f). Asimismo, es uno de los datos que ha de constar en el acta de misión (art. 23.1 f) Reglamento CCI (2012).

No obstante, la determinación por las partes de un determinado lugar como sede arbitral, no conlleva que todas las actividades del arbitraje deban de celebrarse en dicho sitio, atendiendo a razones de economía procesal. En la práctica, los reglamentos de arbitraje consagran la discrecionalidad del tribunal arbitral en este punto, de forma que las deliberaciones puedan llevarse a cabo en cualquier lugar e, incluso, los árbitros no están obligados a reunirse físicamente en el lugar del arbitraje pactado. Dentro de esta discrecionalidad, tanto la Ley Modelo de la Uncitral (LMA) como el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 2010, consideran que el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos. En el mismo sentido se pronuncia el art. 26.2 LA.

Si la sede no está fijada en el convenio arbitral, las posibles desavenencias entre las partes pueden resolverse por el propio tribunal arbitral (art. 20.1 Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985) o por la institución administradora del arbitraje si estuviere previsto en el correspondiente Reglamento de Arbitraje. Así, por ejemplo, en el arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (art. 18 Reglamento CCI, 2012), o como señala el art. 26.1 LA, en relación con las situaciones en que las partes no han acordado el arbitraje, el lugar se determinará por los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

En este sentido, el art. 20.1 LMA incluye, entre dichas circunstancias, a la conveniencia de las partes, por lo que una amplia gama de circunstancias podrá ser tomada en consideración por el tribunal arbitral, tanto legales –país que haya ratificado el Convenio de Nueva York de 1958 y que cuente con una jurisprudencia favorable al arbitraje– como extra legales –buena comunicación, país estable, etc.–.

No obstante, en ciertas modalidades de arbitraje se limita la autonomía de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, en el art. 22.5 del Convenio de las NU sobre Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (Reglas de Hamburgo) fija una serie de prescripciones para la fijación de la sede arbitral a elección del demandante, entendiendo que las mismas forman parte de la cláusula compromisoria y declarando nula cualquier estipulación incompatible con tales reglas. Del mismo modo, véase el Convenio de 2008 sobre transporte parcial o totalmente marítimo de mercancías (Reglas de Rotterdam).

Entre los factores tenidos en cuenta para la elección del lugar del arbitraje, las «Notas Uncitral sobre procedimiento arbitral» de 1996», destacan los siguientes: la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral, la existencia de un tratado en vigor entre el Estado en el que tenga lugar el arbitraje y el Estado o Estados donde quizá haya de ejecutarse el laudo. Asimismo, debe tenerse en cuenta la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas. No es casualidad, en este sentido, que las partes quieran alojar el arbitraje en sedes donde sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales pueden asistirles y les asegure la menor interferencia posible en el desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

A tenor de lo indicado, es claro que prevalece en la moderna teoría sobre el arbitraje comercial internacional, que el lugar del arbitraje es un lugar escogido por las partes por meras razones de conveniencia jurídica o legal, como un lugar ficticio, o como un factor de conexión que juega una función meramente formal. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la elección del lugar puede estar restringida por leyes imperativas, y que la elección por las partes del lugar, crea la presunción de que el procedimiento arbitral tendrá ahí lugar, por lo que el tribunal arbitral deberá sopesar adecuadamente el cambio de lugar de celebración de las audiencias, si no cuenta con el acuerdo de las partes. Fruto de esta moderna consideración en torno a la sede del arbitraje, es la evolución que se ha producido en un sector de la moderna doctrina que aboga por arbitrajes anacionales o deslocalizados. Se trata de tendencias proclives a la «anacionalidad» o pérdida de significado de la determinación de la sede en los arbitrajes internacionales (*arbitration unbound*), que está siendo particularmente activa en el arbitraje de inversión.

(Autoras: Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho mercantil. Universidad Carlos III de Madrid, y Susana Pérez Escalona. Profesora de Derecho mercantil. Universidad de La Rioja).

Referencias bibliográficas: Perales Viscasillas. *Arbitrabilidad y convenio* arbitral. Navarra, 2005. *Id*. «Place of Arbitration (article 16) and Language of Proceedings (article 17) in the Uncitral Arbitration Rules: some Proposals for a Revision». *Croatian Arbitration*

Yearbook, 2006, vol. 13, pp. 205-222. PERALES VISCASILLAS. «El arbitraje en las Reglas de Rotterdam». *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional.* ILLESCAS ORTIZ, Rafael y Manuel ALBA FERNÁNDEZ. Madrid: Civitas-Thomson-Reuters y Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 440-495. VERDERA Y TUELLS. «La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 35 y ss. FERNÁNDEZ ROZAS. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, vol. LVII, pp. 2005 y ss. CUARTERO RUBIO. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional,* Madrid, 1997. VIRGOS SORIANO. «Arbitraje internacional y Convenio de Nueva York de 1958». *La Ley-RELJ*, 2 (2007), pp. 1682 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Cláusula compromisoria. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Reconocimiento y ejecución del laudo. Anulación del laudo.

SEGURO ARBITRAL

Con esta expresión se refiere la Enciclopedia al seguro de responsabilidad civil para los árbitros y las instituciones arbitrales. La reforma operada en la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje por virtud de la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (en adelante, LA), y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, n.° 121, 21 mayo 2011, introduce novedosamente la exigencia para los árbitros, o a las instituciones arbitrales en su nombre, de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca (art. 21.1 2 inciso LA). Se exige también la contratación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil a los mediadores en el art. 11.3 de la Ley n.° 5/2012 de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE, n.° 162, 7 julio 2012); seguro que ha sido desarrollado por medio del Real Decreto n.° 980/2013 de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley n.° 5/2012 de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE, 27 diciembre 2013, n.º 310).

La Ley de Arbitraje exceptúa de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas.

La nueva exigencia legal del seguro se incardina en el art. 21.1 LA dedicado a la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales; y, por ello, está en íntima relación con la responsabilidad en que pudieran incurrir dichos operadores arbitrales. Esta disposición gira en torno a tres elementos que están estrechamente relacionados:

- La responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones y el criterio de imputación de la responsabilidad basado en el dolo, la mala fe y la temeridad.
- La acción directa del perjudicado frente al centro arbitral y, a su vez, la acción de resarcimiento de ésta frente a los árbitros.
- La exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

Lógicamente, el precepto se refiere únicamente a la obligación del seguro respecto a la responsabilidad civil, quedando excluidos otros tipos de responsabilidad, como la penal o, en su caso, la posible responsabilidad disciplinaria del árbitro en el arbitraje institucional.

Se instaura así por mandato legal un seguro obligatorio de responsabilidad civil (en adelante, SRC) que, lógicamente, se enmarca en los seguros de daños disciplinados en los arts. 73 a 76 Ley n.° 50/1980 de 8 de octubre de 1980 del Contrato de Seguro, que alcanza a los árbitros como sujeto obligado y a las instituciones arbitrales en nombre de ellos. Al mismo tiempo, otros participantes en el procedimiento arbitral pueden ver alcanzada su responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados con ocasión de un arbitraje, pero sin que se haya articulado una obligación legal de contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Es en este ámbito donde nuevamente puede tener entrada el seguro de responsabilidad civil, aunque con un carácter voluntario.

Si bien el art. 21 LA se refiere también a la posible contratación de una garantía equivalente, es bastante posible que en la práctica este instrumento no sea una alternativa real, sobre todo, por los altos costes que conllevaría, aunque también por la escasa oferta bancaria.

La exigencia legal del seguro obligatorio que, sin duda, va a propiciar el auge del seguro en el campo de la responsabilidad civil arbitral, contrasta con la escasa doctrina en esta área específica de la responsabilidad civil o del seguro. Idéntica consideración puede hacerse en relación con la jurisprudencia que es, prácticamente,

nula en materia de responsabilidad civil de los árbitros o instituciones arbitrales, a lo que se añade la singularidad de la normativa arbitral española, en comparación con otras leyes de arbitraje, pues no existen otras normativas ni a nivel legal ni a nivel de reglamentos institucionales que exijan la contratación de un SRC.

Por si todo lo anterior no oscureciera suficientemente el panorama, en relación con el contrato de seguro en el ámbito arbitral, deben añadirse otros factores que incrementan los problemas a los que se enfrenta el intérprete en este campo. Así, por un lado, la falta de la proyectada regulación que reglamentara el seguro arbitral, lo que no impide, desde luego, considerar que la norma es de inmediata aplicación, si bien en relación con la cuantía asegurada, deberán aplicarse criterios flexibles y adecuados según los casos. Y, por otra parte, la exigua práctica de las compañías de seguro en relación con este campo específico, sin que se cuente en este campo con el sustento de las pólizas utilizadas en otros países, pues tampoco en el resto del mundo existe práctica aseguradora.

Llegados a este punto, señalamos que a nuestro juicio, las pólizas de RC profesional, y específicamente las que se encuentran actualmente en el mercado que amparan la responsabilidad profesional de los abogados, no cubren, salvo incorporación expresa, la responsabilidad surgida en la encomienda arbitral ni de forma directa ni haciendo una interpretación por analogía o extensiva que, por lo demás, sería muy discutida, aunque existían opiniones contrarias que enmarcaban la responsabilidad de los árbitros en el marco general de las actuaciones extrajudiciales no contenciosas que el abogado podría llevar a cabo, como parte del encargo del cliente. Y es que las funciones, con independencia de la teoría que se adopte para explicar la naturaleza jurídica de la figura del árbitro, que desempeñan ambos profesionales son bien distintas. Menos todavía pueden encontrarse similitudes, si pensamos en otros profesionales alejados de las ciencias jurídicas. Sería, en consecuencia, preciso modificar las pólizas para incluir una cuidadosa delimitación del riesgo que derivaría del ejercicio de un abogado, arquitecto o ingeniero, por ejemplo, como árbitro.

Esta última modalidad es la que últimamente se está detectando en la práctica, lo que refuerza la antedicha interpretación, pues ha sido necesario que, expresamente, se extiendan las pólizas de abogados a la actividad arbitral y de mediación. Así, los Colegios de Abogados, por ejemplo el de Madrid, comienzan a extender sus pólizas para amparar también la actividad arbitral de sus colegiados como árbitros (también las de mediación). Relacionado con ello, algunas aseguradoras, Mapfre, por ejemplo, han considerado la ampliación del SRC Profesional de Abogados para cubrir su responsabilidad civil como árbitros y como mediadores.

En relación con los SRC profesionales a los que se extiende ahora el arbitraje, ello trae consigo, al menos, un doble problema: la inadecuación, en algunos puntos, de dicho seguro profesional, al campo arbitral y el dato de que dichos seguros de por sí son, en algunos extremos de su articulado, una traducción literal de cláusulas anglosajonas, por lo que algunas resultan extrañas a nuestro modo de concebir el Derecho y no se adecúan a las especificidades de nuestro ordenamiento jurídico.

Sea como fuere, un último elemento de reflexión puede realizarse en relación con la obligación legal de contratación de un seguro para los árbitros y reside en los efectos, unas veces positivos y otros adversos, que esta obligación puede provocar entre los sujetos implicados en un arbitraje.

Se podría pensar, por una parte, que esta obligación provocará una relajación en el cumplimiento por los árbitros de sus deberes arbitrales, pues siempre existirá un seguro que cubrirá la posible responsabilidad por los daños que se puedan ocasionar. En sentido inverso se ha considerado que la responsabilidad por culpa, ayuda a extremar el rigor en el desempeño de las tareas arbitrales, lo que podría perderse si existiera una *cuasi* inmunidad.

También desde la perspectiva de los árbitros, esta exigencia legal y, consecuencia de ello, el miedo a posibles demandas de responsabilidad civil, sobre todo porque se introducen dudas en torno a los criterios de imputación de la responsabilidad por daño, podría provocar un efecto disuasivo en torno a la aceptación de arbitrajes, lo que, a su vez, podría llevar a una considerable disminución del elenco de profesionales dispuestos a asumir las tareas arbitrales.

En este sentido, la razón de ser la regla de imputación de responsabilidad actualmente vigente en el art. 21.1 LA, podría hallarse en que los árbitros, al ejercer sus funciones, deben poder hacerlo con total libertad e independencia, sin posibles injerencias de las partes que pueden utilizar una posible reclamación de responsabilidad para presionar al tribunal arbitral.

Se trataría de preservar la integridad del procedimiento arbitral para evitar que árbitros diligentes se vean intimidados ante la posibilidad de reclamaciones de responsabilidad de partes descontentas con el re-

sultado del arbitraje, lo que perjudicaría también a los elementos ventajosos del arbitraje: la celeridad, la inexistencia de apelación y la existencia de un *pool* amplio de candidatos. Y todo ello podría verse afectado por la imposición obligatoria del seguro en este campo.

Por otra parte, la exigencia del seguro, desde la perspectiva de los usuarios, puede ser un elemento beneficioso y atractivo de cara a una mayor utilización de este medio de resolución de disputas, haciendo de España la tan deseada sede internacional que pretende nuestro legislador, pudiendo ser éstos los fundamentos a los que se refiere el legislador de la Ley n.º 11/2011, en su exposición de motivos, al indicar que se incrementa así, tanto la seguridad jurídica como la eficacia de los procedimientos arbitrales. Exigencias de profesionalidad para los árbitros y las instituciones que supone un paso decidido para mejorar los servicios y aumentar la calidad en el mundo arbitral por medio de la obligatoriedad del SRC.

En claro contraste con otros ámbitos de los profesionales donde el auge del SRC viene dado por un endurecimiento legal del régimen de responsabilidad, como sucede, por ejemplo, en relación con los administradores de las sociedades de capital, o los administradores concursales donde, en este último caso, también recientemente, se les requiere la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, la exigencia normativa de un seguro de responsabilidad civil para los árbitros no se acompaña de una agravación en su responsabilidad.

Antes al contrario, el estándar de responsabilidad de los árbitros no ha variado un ápice desde la aprobación de la Ley de Arbitraje en 2003. Sin embargo, la reforma de mayo de 2011 en la Ley de Arbitraje ha venido a exigir a los árbitros la contratación de un SRC, lo que obliga a preguntarse acerca de los fundamentos por los cuales se instaura en este campo un seguro obligatorio cuando además no se exige el mismo a las instituciones arbitrales.

La inquietud que provoca el tener que responder a esta cuestión surge en cuanto se examina la Exposición de Motivos de la reforma de 2011, que lo justifica en términos muy generales que, nada o muy poco, ayudan a entender el sentir de la reforma. Según la Exposición de Motivos (II) de la Ley n.º 11/2011, se busca así incrementar, tanto la seguridad jurídica como la eficacia de los procedimientos arbitrales.

Por otra parte, esta novedad no encuentra sustento, como una gran mayoría de los preceptos de la LA, en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional de 1985 o en su modificación operada en 2006, por lo que no puede encontrar su fundamentación en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

La búsqueda de los motivos habilitantes de la reforma se complica con otro problema que se enlaza con el estándar de responsabilidad civil adoptado desde la aprobación de la Ley de Arbitraje, en el art. 21. Los árbitros no responden siguiendo el sistema general de nuestro ordenamiento, en el que, como es conocido, la responsabilidad es subjetiva o por culpa, sino que en una primera aproximación basada en la literalidad de la norma, únicamente responden en los casos más graves de mala fe, temeridad o dolo.

Se aparta así el legislador de su antecedente inmediato bajo la LA (1988) que establecía una responsabilidad por dolo o culpa (art. 16), así como del estándar general de responsabilidad aplicado también a otros profesionales, complicando el análisis del contrato de seguro en este campo.

En definitiva, el estándar de responsabilidad de los árbitros sitúa a estos profesionales en una situación privilegiada en comparación con otros profesionales. La explicación responde a un privilegio corporativo diseñado, por una parte, por las propias instituciones arbitrales vía reglamentos arbitrales; y, por otro lado, a una concepción puramente anglosajona de la figura del árbitro que supone asimilarlo a un juez.

La imposición obligatoria del seguro puede verse también en relación con la política del legislador, tanto español como comunitario, dirigida a fomentar los llamados medios alternativos de resolución de disputas (ADR, *Alternative Dispute Resolutions*, como habitualmente se les designa utilizando su acrónimo en inglés); y, particularmente, la mediación y el arbitraje. No extraña, en consecuencia, que se exija también un SRC obligatorio a los mediadores, conforme a la nueva regulación legal de la mediación, y la apertura de profesionales que podrán realizar tareas arbitrales, llevadas a cabo, precisamente, por la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo del 2011; por un lado, junto con la apuesta también decidida de que los mediadores no necesariamente deban tener formación jurídica, aunque sí específica en mediación.

Intentando configurar el complejo *puzzle* de los posibles motivos determinantes de la obligatoriedad del SRC para árbitros, se ha de mencionar la Directiva n.º 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

de diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L n.º 376/36, 27.12.2006), que establece de manera general la obligación en la contratación de un seguro o garantía equivalente, en relación con la prestación de determinados servicios (art. 23), aunque no exige que se haga por ley, sino que puede estar establecida en los códigos deontológicos; y, por supuesto, sin que se pueda exigir que las empresas de seguros proporcionen dicha cobertura. La transposición en España de la directiva ha tenido como resultado que el legislador haya establecido que la obligación de suscripción de un SRC, deba estar establecido legalmente. Así, el art. 21.1 de la Ley n.º 17/2009 de 23 de noviembre de 2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, indica lo siguiente:

> Art. 21.- Seguros y garantías de responsabilidad profesional.
> 1. Se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de Ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten, presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario.
> La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto.

A tenor de lo anterior pueden extraerse, a nuestro juicio, diversas conclusiones.

En primer lugar, la exigencia obligatoria del seguro a los árbitros está basada, al menos en parte, ya que también se halla la respuesta en la necesidad de incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de los procedimientos arbitrales, en la legislación comunitaria y en su transposición en la normativa española. El legislador español, a diferencia de otros legisladores europeos, ha considerado que los árbitros se ven directamente afectados por dicha normativa, y por ello exige un SRC o garantía equivalente.

Lo anterior implica, en segundo término, que el legislador español conceptúa el servicio que prestan los árbitros como una actividad propia de las profesiones liberales, sin que haya considerado su asimilación a las funciones que ejercitan las autoridades públicas, singularmente los jueces y magistrados, excluidos de la Directiva de Servicios y de la ley española. En otras palabras, parece decantarse el legislador por la naturaleza contractual y no jurisdiccional del servicio que prestan los árbitros.

En definitiva, el legislador con la exigencia del SRC obligatorio, anima y vuelve a poner en primera línea el clásico debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que a la vez supone también plantearse otra cuestión íntimamente relacionada: la naturaleza jurídica de la relación entre las partes y los árbitros. La falta de una concepción clara y precisa en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje se descubre inmediatamente en cuanto se observa la norma sobre responsabilidad del art. 21.1 LA.

Por una parte, el legislador parece acentuar la visión jurisdiccional al considerar una *cuasi* inmunidad de los árbitros y los centros arbitrales, reflejando así una concepción anglosajona de la inmunidad jurisdiccional en la que las figuras de los árbitros y los jueces se aproximan. A continuación, sin embargo, pone el acento en la vertiente contractual del arbitraje, al conectar la responsabilidad con la aceptación del encargo y al exigir la contratación de un SRC a los árbitros y a las instituciones que deriva de una consideración profesional de la actividad que realizan esos operadores.

En tercer lugar, la contradicción, al menos a primera vista, en que incurre el legislador en dos aspectos distintos de la nueva regulación obligatoria del SRC. La primera se refiere al sujeto obligado a la contratación del seguro que son los árbitros, pero no las instituciones arbitrales, cuando éstas deberían quedar sujetas también a dicha obligación, puesto que los servicios que prestan afectan, asimismo, a la seguridad financiera de los destinatarios, que es el motivo determinante bajo el cual se construye la obligación del seguro para los árbitros según la Directiva y la Ley de Servicios.

La segunda se refiere a la contradicción –más bien contraposición– que se produce entre el estándar de responsabilidad exigido a los árbitros en el art. 21 LA, la obligación de contratación de un seguro y la prohibición de aseguramiento del dolo, al menos, si se entiende que el art. 21.1 LA sigue un modelo de exoneración total de responsabilidad, excepto, claro está, en el caso de dolo.

Analizados los fundamentos de la exigencia legal de la contratación de un SRC, resta en esta aproximación al art. 21 LA, referirse a los sujetos obligados.

La obligación legal de contratar un seguro se aplica a los árbitros en el caso de arbitrajes *ad hoc* (seguro por cuenta propia) y en las instituciones arbitrales por cuenta de los árbitros en el caso de arbitraje administra-

do (seguro por cuenta ajena). Cierto es que también debería haberse exigido un SRC a la institución arbitral con carácter obligatorio. Sin embargo, es posible que el legislador haya entendido que el nivel de riesgo que asume la institución arbitral, es menor en comparación con la actividad que desarrollan los árbitros, quienes dictan un laudo con el efecto de cosa juzgada y con carácter definitivo; y, por lo tanto, sin posibilidad de acudir a una segunda instancia en apelación, mientras que las instituciones arbitrales, aun cuando pueden tomar decisiones, también de importancia y calado en relación a ciertos aspectos del procedimiento arbitral, no deciden sobre el fondo del asunto.

De ahí se concluye que, dentro de lo posible, ésta sea la razón por la que no se haya exigido un SRC obligatorio a las instituciones administradoras, como por otra parte se reafirma en la Ley de Mediación donde tampoco se exige un SRC propio a la institución (art. 14).

Que la exigencia legal recae no sólo en los árbitros, sino también en las instituciones arbitrales, quienes tienen la obligación de contratar el seguro a nombre de los árbitros, se evidencia en cuanto se conecta esta obligación con el fundamento de la acción directa establecida en el art. 21.1 LA, y que estaba ya presente en la redacción original de la Ley de Arbitraje en 2003, y que deriva de la LA (1988).

Conforme a dicha norma se establece que en los arbitrajes administrados, el perjudicado tendrá acción directa contra la institución, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. Se trata de una norma típica del SRC dirigida a proteger al perjudicado. Por otra parte, el hecho mismo de que el art. 21.1, inciso 2, exceptúe claramente a determinadas instituciones de la contratación del seguro, es un hecho evidente de que las instituciones arbitrales están obligadas legalmente a la contratación del seguro en nombre de los árbitros.

A mayor abundamiento, resulta extraña la exclusión de las entidades públicas, puesto que conforme al sistema general de responsabilidad patrimonial de la administración, previsto en el art. 144 Ley n.º 30/1992, cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, por lo que la licitud y validez del seguro concertado por la administración como contratante, está fuera de toda duda en nombre de su personal asegurado.

La interpretación que estamos realizando en relación con el sujeto obligado a la contratación del SRC cobra sentido, particularmente, en el caso del arbitraje administrado, si se piensa en los costes y en el poder de negociación.

En el caso de las pólizas por cuenta ajena, la institución administradora negociará colectivamente en relación con el conjunto de árbitros de la institución, resultando también, desde el punto de vista del asegurador, una solución factible y eficiente a la hora de negociar y calcular los riesgos y la prima, pues no tendrá que tomar en consideración individualmente a cada árbitro, sino el volumen total de procedimientos, número de árbitros y las cuantías de dichos procedimientos que se lleven en una determinada institución. Y ello con independencia de quién resulte obligado al cumplimiento de las obligaciones que derivan de la contratación del seguro: sólo la institución administradora, como en el caso del pago de la prima, ambas conjuntamente, o únicamente el asegurado. Por otra parte, en el caso de tribunales arbitrales de tres miembros, se facilitan las reclamaciones ante una única compañía aseguradora.

Por otra parte, si se hubiera establecido legalmente que la obligación residiera únicamente en los árbitros, nos encontraríamos con una potencial responsabilidad de la institución administradora, dejando desprotegido al perjudicado. Efectivamente, la potencial responsabilidad de la institución arbitral subsistiría, pues no hay que olvidar que, conforme al mandato legal (art. 21.1 LA), el perjudicado tiene acción directa contra la institución arbitral. Una cierta forma de mitigar esa posible responsabilidad de las instituciones arbitrales, aunque no está exenta, a su vez, de ciertos inconvenientes y riesgos, residiría en exigir a los árbitros por parte de las instituciones arbitrales, la prueba de la contratación de un SRC al momento de aceptar el encargo. Sin embargo, se podrían, potencialmente, abrir disputas en torno al ámbito de los riesgos cubiertos, el ámbito temporal o espacial de aplicación de la póliza, u otros pormenores, etc., que podrían suponer un retraso significativo en el arbitraje, además de una pesada carga para la institución arbitral que no dispone, probablemente, de los recursos humanos apropiados para evaluar los diversos tipos de pólizas y clausulados que le puedan presentar los árbitros.

En consecuencia, pese a lo poco claro que resulta la obligación legal en cuanto al sujeto obligado a la contratación del SRC, en nuestra opinión, el legislador ha acertado al exigir la contratación del SRC a la institución arbitral en nombre de los árbitros.

Empero lo anterior, es cierto que de seguirse nuestra interpretación, existirá una superposición de coberturas, pues el SRC profesional de abogados que ahora cubre también la actividad del asegurado (abogado) como árbitro, lo hace con independencia del tipo de arbitraje, *ad hoc* o administrado. Lógicamente, queda claro que la superposición sólo se da cuando el arbitraje es administrado, pues en este caso confluye el SRC de la institución y el SRC profesional de abogado. Esta confluencia aseguradora podría mitigarse con una correcta delimitación del riesgo.

A modo de conclusión, podemos indicar que la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil recae en los árbitros para los arbitrajes *ad hoc* y para las instituciones arbitrales en el caso de arbitrajes administrados que habrán de contratarlo a nombre de los árbitros. No están obligadas a la contratación del seguro las entidades públicas ni los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas. Fuera de estos casos se abre la posibilidad de contratar un SRC voluntario por parte de las instituciones arbitrales para cubrir su propia responsabilidad.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo realizado gracias a la Ayuda Mapfre a la Investigación, 2011).

Referencias bibliográficas: Arias, David. *Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Arias, David (coord.). Madrid: Thomson-Aranzadi, 2005. Franck. «The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity». *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, n.º 20, pp. 10-11. González Soria. «Artículo 21». En *Comentarios a la ley de arbitraje, Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. González Soria, Julio (coord.). Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2.ª ed., pp. 279 y ss. Merino Merchán. *Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley n.° 60/2003 de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 201-206. Olavarría Iglesia. «Artículo 21». En *Comentarios a la ley de arbitraje*. Barona Vilar, Silvia. (coord.). Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2.ª ed., p. 938. Perales Viscasillas, Pilar. *El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje*. Madrid: Fundación Mapfre, 2013. Rasmussen. «Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England and France». *Fordham International Law Journal*, 2003. Rivero Hernández. «Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros». *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, tomo I.

vocablos conexos: Responsabilidad civil de los árbitros. Responsabilidad civil de las instituciones arbitrales.

Sentencia arbitral (ver «Laudo»)

Separabilidad del convenio arbitral («*severability*» o «*separability*»)

La separabilidad del convenio arbitral hace referencia a la autonomía material del convenio arbitral con respecto al contrato principal, aun cuando el convenio arbitral esté integrado en el contrato principal. Existe en tal caso una dualidad de negocios jurídicos en un mismo instrumento.

Suele distinguirse entre la autonomía material del convenio arbitral (respecto del contrato principal) y la autonomía jurídica (respecto de la ley aplicable al contrato e incluso de toda ley nacional). Esta última noción, consagrada, principalmente, en Francia, es más vanguardista y, por ende, más controversial. La noción de separabilidad del convenio arbitral concierne únicamente la primera acepción de autonomía material.

Sin embargo, en la medida de que en algunas jurisdicciones y para muchos autores, el término «autonomía» del convenio arbitral, se utiliza para designar la independencia del convenio con respecto a toda ley nacional, es más conveniente y correcto evitar utilizar el término «autonomía» cuando uno se refiere, en realidad, a la separabilidad del convenio arbitral del contrato principal.

La separabilidad del convenio arbitral es la piedra angular del Derecho del arbitraje, por las diversas consecuencias que conlleva y la consagración universal de la que se beneficia.

1. Consecuencias de la separabilidad

La separabilidad del convenio arbitral tiene varias consecuencias.

Primero, el convenio arbitral puede estar regido por normas jurídicas diferentes de las que rigen el contrato principal, aunque el convenio arbitral esté integrado en el contrato principal. Sin embargo, salvo

estipulación expresa de las partes, es poco frecuente que los árbitros o los jueces consideren que el convenio arbitral está regido por un Derecho distinto del contrato principal.

Segundo y sobre todo, la separabilidad del convenio arbitral inmuniza al convenio arbitral contra la suerte del contrato principal. Es decir, la nulidad, resolución, inexistencia o novación del contrato principal no conllevan necesariamente la del convenio arbitral, porque, precisamente, el convenio arbitral es «separable» del contrato principal.

Inversamente, la posible invalidez o resolución del convenio arbitral no afectan necesariamente al contrato principal, el cual podrá seguir siendo ejecutado ante un tribunal estatal.

La posibilidad de separar la cláusula arbitral del contrato principal en el que se encapsula, permite a los árbitros declarar la invalidez del contrato principal sin el riesgo de que su decisión invalide también la cláusula arbitral, la cual es la fuente de su poder.

Por lo tanto, una objeción a la validez (o existencia) del contrato principal no priva a los árbitros de la competencia para resolver el conflicto relativo a dicho contrato. Al contrario, el contencioso relativo a dicha nulidad (o inexistencia) podrá ser sometido al arbitraje en aplicación del convenio arbitral –e incluso deberá serlo en prioridad, en caso de que se confiera un efecto positivo al principio *kompetenz-kompetenz*–.

El principio de separabilidad constituye, por lo tanto, un instrumento fundamental de eficacia procesal para prevenir retrasos y perturbaciones del procedimiento arbitral.

Sin embargo, en algunos casos, la causa de nulidad que afecta el contrato principal podrá excepcionalmente ser también causa de nulidad del convenio arbitral; por ejemplo, cuando la estipulación del convenio arbitral mismo ha sido inducida por fraude o coacción.

Tercero, según algunos autores, la separabilidad del convenio arbitral constituye también el fundamento del principio *kompetenz-kompetenz* que permite a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia, es decir, sobre la validez del convenio arbitral.

Otros autores subrayan lo contrario, que el principio *kompetenz-kompetenz* permite a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia, aun cuando la validez del convenio arbitral (y no del contrato principal) está controvertida. Por lo tanto, la competencia del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia, no puede justificarse meramente por la separabilidad del convenio arbitral del contrato principal. Son dos principios distintos que no están siempre reconocidos conjuntamente por los legisladores nacionales. Se puede consagrar la separabilidad del convenio arbitral y no el principio *kompetenz-kompetenz*, o *viceversa.*

2. Consagración de la separabilidad

Históricamente, las primeras decisiones conocidas que afirmaron que la invalidez del contrato principal no afectaba al convenio arbitral son unas decisiones alemanas y suizas muy antiguas, de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Sin embargo, la primera afirmación moderna del principio de separabilidad del convenio arbitral, que dio nacimiento a una fértil corriente jurisprudencial y doctrinal, fue la sentencia *Gosset* de la *Cour de Cassation* francesa de 7 de mayo de 1963.

En Estados Unidos, la Corte Suprema reconoció por primera vez este principio en el caso *Prima Paint* en 1967.

La separabilidad del convenio arbitral es hoy reconocida en casi todas las regulaciones nacionales y en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales.

La Ley Modelo Cnudmi (Uncitral en inglés) consagra la separabilidad en su art. 16.1 en los términos siguientes: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria». La consagración de la separabilidad por la Ley Modelo ha facilitado la difusión del principio en las distintas jurisdicciones.

El principio de separabilidad del convenio arbitral está recogido en el art. 22.1 de la Ley española de arbitraje, según el cual «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».

El art. 6(9) del Reglamento de la CCI también prevé que «salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de *las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones*».

Los reglamentos de arbitraje de la Cnudmi (art. 21.2), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) (art. 23) o de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (Reglas internacionales, art. 15.2) también reconocen expresamente la separabilidad del convenio arbitral.

El Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de 10 de junio de 1958, no recoge expresamente el principio de separabilidad del convenio arbitral. Sin embargo, varios de sus artículos tratan los convenios arbitrales como implícitamente separables del contrato principal.

Debido al carácter universal del principio de separabilidad, muchos laudos han considerado que la separabilidad del convenio arbitral era un principio general del Derecho del arbitraje internacional, sin necesidad de referirse a ninguna ley nacional para justificarla. Se puede citar, por ejemplo, los destacados laudos *Texaco c/ Libia* de 1975, *Liamco c/ Libia* de 1977 («está ampliamente aceptado en Derecho internacional y en la práctica, que un convenio arbitral sobrevive la resolución unilateral por el Estado del contrato en el que está contenido y sigue en vigor aún después de dicha resolución») o *Elf c/ NIOC* de 1982 («la autonomía del convenio arbitral es un principio de Derecho internacional que ha sido reiteradamente aplicado en las decisiones dictadas en arbitrajes internacionales, en los escritos de los publicistas más calificados, en los reglamentos de arbitraje adoptados por las organizaciones internacionales y en tratados. Asimismo, en muchos países, el principio forma parte de la ley nacional de arbitraje»).

(Autora: Anne-Carole Cremades.
Abogada en Schellenberg Wittmer, Ginebra).

Referencias bibliográficas: de Benito Llopis-Llombart. M. «Asimetría, separabilidad, sinalagma». En *Spain Arbitration Review* n.º 5/2009, p. 141. Born, G. *International Commercial Arbitration*. Londres-La Haya: Wölters Kluwers, 2009, pp. 311-407.

Vocablos conexos: Autonomía de la cláusula arbitral. Competencia sobre la competencia. Ley aplicable al convenio arbitral. Principios generales del Derecho.

Sistema adversarial de práctica de prueba

1. Concepto e introducción general

El «sistema adversarial de la prueba» hace referencia a la manera en que la prueba es conducida, generalmente por las cortes de estilo inglés, las cuales se considera que emplean un procedimiento «adversarial», también conocido como sistema «acusatorio». Esto puede ser contrastado con la manera en que la prueba es administrada por las cortes del sistema continental del «Derecho civil», las cuales se considera que emplean un procedimiento «inquisitivo».

En este contexto resulta necesario explicar qué se entiende por procedimiento adversarial o acusatorio, y por procedimiento inquisitivo. La esencia del procedimiento adversarial es que el juez escucha la evidencia y los argumentos de las partes y decide entre ellos; él no hace sus propias investigaciones sobre los hechos, o adopta conclusiones de hecho, no propuestas por las partes, ni tampoco propone o adopta argumentos o conclusiones de derecho diferentes de las que las partes aporten. En cambio, cuando el procedimiento es inquisitivo el juez puede y debe ejercer todas esas funciones. En esencia, en el sistema adversarial, las partes de la disputa conducen el proceso litigioso y el rol que el juez juega es relativamente pasivo. Por su parte, en el procedimiento inquisitivo, el litigio es primordialmente presidido por el juez y las partes juegan un rol menos activo.

Los sistemas adversariales se diferencian ampliamente de sus homólogos inquisitoriales en la forma en que conducen la prueba. Estas diferencias son más visibles en la manera en que los tribunales de Derecho común tratan la prueba a lo largo de las dos etapas de un procedimiento adversarial: previa al juicio y en el juicio.

Los sistemas adversariales desarrollan un procedimiento previo al juicio en donde se esclarecen situaciones de hecho y de derecho que habrán de ventilarse en el juicio principal. En esta fase de instrucción se presentan las solicitudes o memoriales legales y se desarrolla el *discovery* o fase de exhibición de pruebas. En este sistema, se espera que la demanda se limite a describir los hechos fundamentales relacionados con el litigio con suficiente detalle para que ésta quede debidamente sustentada, pero no es necesario presentar pruebas o especificar el Derecho aplicable al caso. Asimismo, la contestación puede ser relativamente simple, presentando una defensa a cada acusación y una admisión o rechazo a las alegaciones de la contraparte.

En contraste, en los sistemas inquisitivos las partes deben relatar todos los hechos que deseen que el juez considere, allegar toda la prueba documental sobre la cual quieran basarse, enumerar todos los testigos que esperen que sean llamados a declarar, y enumerar todos los medios de prueba que pretendan que la corte ordene presentar a la contraparte.

Los sistemas acusatorios también son únicos en que como parte del proceso de *discovery*, se requiere que las partes produzcan *todas* las pruebas relevantes a la *litis*, salvo aquéllas que estén sujetas a confidencialidad o alguna otra excepción. Las partes están, incluso, obligadas a allegar aquella evidencia que les resulte perjudicial. Este proceso tiene por objeto ayudar a las partes a desarrollar sus pretensiones y defensas. En los sistemas inquisitoriales, por el contrario, una parte no está generalmente obligada a exhibir documentos a la contraparte en ausencia de una orden judicial que así lo ordene. La corte civil sólo ordenará que la contraparte o un tercero produzcan un documento cuando ha mediado solicitud expresa de parte, especificando el tipo de documento, y bajo estrictas condiciones.

La etapa más importante en cualquier procedimiento adversarial es el juicio, momento en el que ambas partes presentan la totalidad de su caso a la corte. Sólo después de presentar toda la prueba documental y escuchar a los testigos y peritos y los argumentos jurídicos presentados por las partes durante el juicio, el juez o el jurado decidirán el caso. No existe un procedimiento paralelo en los sistemas inquisitoriales, en los cuales, generalmente, se le otorga la oportunidad a las partes de presentar un resumen oral de los alegatos; y, posteriormente, la corte procede a revisar los escritos y declaraciones de las partes y testigos para luego dictar sentencia.

En la etapa del juicio del sistema adversarial, los testigos juegan un papel fundamental. Las partes tienen una amplia capacidad de llamar testigos que sean imparciales o que puedan representar a la parte de alguna manera. En el sistema inquisitorial, por su parte, los testigos suelen distinguirse de los representantes de las partes, a quienes con frecuencia no se les permite siquiera testificar. Además, en un litigio adversarial las partes pueden entrevistar a sus propios testigos antes del juicio para averiguar lo que saben y prepararlos para presentar su evidencia de una manera favorable. Muchos sistemas inquisitoriales, por el contrario, prohíben la preparación de los posibles testigos por las partes en litigio.

En el sistema adversarial cada testigo es primero interrogado de manera directa durante el juicio por la parte que lo llamó, en un intento por obtener pronunciamientos favorables. Tras este interrogatorio, la contraparte tiene la oportunidad de contrainterrogar al testigo con miras a restringir o debilitar la evidencia que le sea favorable a su oponente. En el sistema inquisitivo, en contraste, los testigos son interrogados, principalmente, por la corte. Aunque las partes pueden hacer preguntas adicionales a los testigos, no existe el estilo de contrainterrogatorio común en el sistema acusatorio en el que la contraparte busca refutar lo antes testificado.

Los peritos en los sistemas acusatorios son, prácticamente, tratados como cualquier testigo, en la medida en que, por lo general, son seleccionados por las partes y pueden ser preparados por su respectiva parte antes del juicio. Sólo en raras ocasiones, a petición de las partes, la corte nombrará a un perito independiente. Los peritos pueden ser interrogados directamente y también contrainterrogados de la misma manera que cualquier otro testigo. En contraste, en los sistemas inquisitoriales, los peritos son, generalmente, designados por el juez, a petición de las partes o por iniciativa propia. Las partes en un procedimiento inquisitorial, por lo general, sólo pueden remitir preguntas escritas que el perito puede contestar en su informe escrito o en la audiencia.

Por regla general, tanto en el sistema adversarial como en el inquisitivo, la carga de la prueba recae sobre la parte que hace una alegación, salvo aquellos casos de presunciones en contrario. La diferencia entre los dos sistemas radica en que en el sistema inquisitivo una parte no está, regularmente, obligada a producir evidencia que sea contraria a sus propios intereses.

El estándar de prueba en un procedimiento adversarial es, normalmente, la «preponderancia de la prueba». Para tener éxito en un sistema adversarial, una parte debe demostrar que el balance de las probabilidades pesan en su favor. En comparación, debemos decir que en los sistemas inquisitoriales, el juez debe gozar de una «convicción personal», «íntima convicción», o «plena convicción» acerca de la verdad de una afirmación –un criterio que no es fácilmente distinguible del que se utiliza en los sistemas acusatorios–.

2. Sistema adversarial de la prueba y arbitraje internacional

Si bien se considera que en un arbitraje internacional los árbitros juegan un papel central similar al de los jueces, el rol que desempeñan las partes en este tipo de procedimientos es mucho más importante que el que ocupan en un sistema de Derecho civil. El sistema adversarial de la prueba ha influido en el arbitraje internacional a través de su incorporación en normas de arbitraje internacional y en los mismos acuerdos arbitrales de las partes. Las normas en materia de arbitraje internacional son, en consecuencia, una mezcla de los procesos de los sistemas adversarial e inquisitivo.

El sistema adversarial de la prueba ha afectado la manera en que se maneja la evidencia en el arbitraje internacional, en particular, el modo en que se producen los documentos y el modo en que los testigos y peritos son interrogados.

2.1. Producción de documentos

Salvo contadas excepciones, la producción de documentos en un arbitraje internacional no es tan amplia como en el *discovery* del sistema acusatorio. Sin embargo, los tribunales arbitrales tienen un amplio poder para ordenar la exhibición de documentos, en virtud de muchas normas de los reglamentos de arbitraje internacional. Por ejemplo, conforme a la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, un tribunal arbitral está investido de la autoridad para decidir qué documentos deben ser presentados por las partes. De manera similar, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Cnudmi»), le otorga al tribunal arbitral la potestad de ordenar a una parte presentar un resumen de los documentos relevantes. Si bien, por regla general, en los arbitrajes ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), no se requiere a las partes presentar documentos adicionales a aquéllos adjuntados en sus escritos, en el evento en que un tribunal arbitral sí ordenare la producción de un documento a una parte y ésta se negare a presentarlo, sería aplicable una presunción en contra de ella.

Por otra parte, las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, establecen que las partes pueden solicitar «una concreta y específica categoría de documentos» si son «relevantes para el caso y sustanciales para su resolución». Las Reglas de la IBA le otorgan a los árbitros la libertad para determinar si es pertinente ordenar a las partes que presenten documentos y si hay que tomar medidas para conseguir pruebas de parte de terceros. En consecuencia, las normas de los diversos reglamentos de arbitraje internacional resultan más flexibles y de mayor alcance en materia de producción de documentos, que las normas restrictivas que rigen en los sistemas inquisitoriales.

2.2. Testigos y peritos

A diferencia de muchos sistemas inquisitoriales, distintas reglas de arbitraje internacional permiten la preparación de testigos por las partes antes de la audiencia, de manera semejante a lo observado en los sistemas acusatorios. Las Reglas IBA y el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»), por ejemplo, aceptan la preparación anticipada de los testigos dentro de los límites éticos. Las Reglas IBA, incluso, permiten que cualquier persona sea convocada por las partes a ser testigo, sin importar si es «una Parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma». Esto se asemeja a lo que ocurre en el procedimiento adversarial y difiere del procedimiento inquisitivo en el que las partes, sus empleados o sus representantes suelen no estar autorizados para declarar. Además, el tribunal arbitral también puede solicitarle a las partes la presentación de declaraciones de testigos previamente a las audiencias, con el fin de ahorrar tiempo durante las audiencias. La implementación de estas declaraciones es cada vez más frecuente en forma de declaraciones juramentadas, incluso en foros de Derecho civil.

La influencia del sistema adversarial de la prueba también se observa en el arbitraje internacional en la relativamente amplia facultad otorgada a las partes para interrogar a los testigos, los cuales también podrán ser contrainterrogados (por la contraparte) y reinterrogados por la parte que los llamó. Las reglas arbitrales también otorgan amplia discreción al tribunal para decidir la forma en que puede abordarse el interrogatorio de los testigos respecto de los que las partes no han especificado una preferencia. Las Reglas IBA precisan que una parte puede interrogar activamente a un testigo llamado por la parte contraria, aunque el interrogatorio

debe desarrollarse sobre la base de declaraciones previamente presentadas. Del mismo modo, en virtud del Reglamento LCIA, los testigos pueden ser interrogados, tanto por las partes como por el tribunal.

Los peritos también son tratados de una manera híbrida en el arbitraje internacional. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos independientes para que le informen, por escrito, sobre las materias concretas que determine el tribunal. Las partes en un arbitraje internacional también pueden, y es usual que así lo hagan, designar a sus propios peritos. Según las Reglas de la IBA, además del experto nombrado por el tribunal, las partes pueden recurrir a sus propios expertos en relación con temas específicos, de manera similar a lo observado en el proceso adversarial. Independientemente de cómo son designados los peritos, en el arbitraje internacional los expertos pueden ser interrogados por las partes durante la audiencia arbitral.

La mayoría de normas de arbitraje internacional disponen de audiencias en sus procedimientos, en las que se observa una influencia directa del sistema adversarial. Por regla general, las partes de un acuerdo arbitral pueden especificar la manera en que desean que se lleve a cabo la audiencia. Sin embargo, algunos foros particulares pueden tener procedimientos predeterminados que se aplican a falta de un acuerdo entre las partes. El Reglamento de la CCI le otorga a las partes y al tribunal libertad para definir el procedimiento a seguir, incluyendo la celebración de la audiencia. A pesar de que las reglas de la CCI permiten que el tribunal, a petición de ambas partes, base su decisión del caso solamente en los documentos presentados, en la mayoría de los arbitrajes internacionales se celebran audiencias.

3. Ejemplos de la presencia del sistema adversarial de la prueba en arbitrajes internacionales

Debido a la naturaleza confidencial en que muchos arbitrajes son conducidos, a veces resulta difícil citar ejemplos concretos en que se evidencie la influencia del sistema adversarial de la prueba en el arbitraje internacional. No obstante, en los siguientes casos, la presencia de elementos de este sistema puede ser observada en materia arbitral internacional.

En una orden procedimental dentro del caso *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c/ la República Bolivariana de Venezuela*, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) permitió a las partes una producción de documentos bastante amplia, dentro de una controversia relacionada con una presunta expropiación de inversiones sin compensación. Con base en el acuerdo de las partes a utilizar las Reglas IBA como una guía, el tribunal arbitral aplicó los arts. 3 y 9 para ordenar la producción de documentos no confidenciales que estuvieran en control de las partes. Si bien el tribunal reconoció que la producción de prueba previa al juicio al estilo del Derecho consuetudinario, no era propio del arbitraje internacional, consideró que éste le permitía a las partes la solicitud y producción de documentos no especificados expresamente, explicando que cierta falta de especificidad está claramente contemplada en las Reglas IBA, art. 3(3). La decisión del tribunal de ordenar la producción de una amplia gama de documentos es un indicativo de la influencia del sistema acusatorio de la prueba en el arbitraje internacional.

Relacionado con lo anterior, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI amonestó al demandante por no cumplir con las órdenes de procedimiento relacionadas con la producción de documentos dentro de una controversia relativa a un contrato de construcción. A pesar de la explicación del tribunal arbitral al demandante sobre la relevancia de los documentos, el demandante no cumplió con la orden ni proporcionó una explicación adecuada por su incumplimiento. No satisfecho con la respuesta del demandante, el tribunal arbitral consideró que tal parte procesal no había cumplido con la carga de la prueba en cuanto a sus pretensiones. Aunque la producción de documentos ordenada, no se compara a la amplia producción disponible en un procedimiento adversarial, la influencia del sistema acusatorio en el arbitraje internacional es visible en la orden del tribunal arbitral, de presentar documentos que no eran parte del escrito inicial.

Por su parte, un tribunal del Ciadi condujo un procedimiento adversarial en *Caratube International Oil Company c/ la República de Kazajstán*, que involucró una audiencia sobre la jurisdicción y el fondo de una controversia de exploración petrolera. De manera similar a un procedimiento de Derecho consuetudinario, el tribunal ordenó que durante la audiencia, salvo que mediara acuerdo en contrario de las partes, se interrogaran, contrainterrogaran, reinterrogaran y contrainterrogaran nuevamente los testigos de cada parte. Las partes también tuvieron la oportunidad de interrogar a los peritos de la misma manera en que se hace en el sistema acusatorio. Si bien en la audiencia se presentaron los alegatos de apertura y conclusión, y se interrogaron a los principales testigos y peritos, el tribunal se abstuvo de conducir la totalidad del procedimiento según el sistema adversarial. Las declaraciones de los testigos se presentaron antes de la audiencia y el tribunal arbitral jugó un fuerte papel de liderazgo en la conducción del procedimiento. Por ejemplo, el árbitro dirigió el interrogatorio de los peritos antes de los interrogatorios de las partes.

Del mismo modo, en *S.D. Myers Inc. c/ Canadá*, un litigio derivado de la prohibición del transporte transfronterizo de productos químicos, un tribunal *ad hoc*, aplicando el Reglamento de la Cnudmi ordenó que cualquier testigo, presentando una declaración escrita en el arbitraje, debía estar disponible para ser interrogado por las partes. Salvo una declaración de la parte contraria expresando que la presencia de tal testigo no era necesaria, el tribunal arbitral declaró que era «probable que le diera poca o ninguna importancia al testimonio escrito» de un testigo ausente, «en la medida en que no esté corroborado por otros documentos o evidencia testimonial». Del mismo modo, en *Himpurna California Energy Ltd. c/ P.T. (Persero) Perusahaan Listruik Negara*, otro tribunal *ad hoc* aplicando el Reglamento de la Cnudmi en una controversia derivada del incumplimiento de un contrato de compra de energía hidrotermal, al resolver la controversia, permitió el interrogatorio y contrainterrogatorio extenso de los peritos designados por las partes. En ambos casos, es posible observar la influencia del sistema acusatorio en el proceso arbitral en el tratamiento de los testigos y peritos.

(Autora: Carolina M. Romero. Winston & Strawn LLP. Washington).

Referencias bibliográficas: *Arbitration Act*, 1996 (Eng.). *International Chamber of Commerce, Rules of Arbitration* (2012). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*. *Rules of the London Court of International Arbitration* (*LCIA Rules*) (1998). *Uncitral Arbitration Rules* (1976, 2010 *amendments*). Case n.° 13133 of 2012, 35 Y.B. Comm. Arb. 129 (ICC Int'l Ct. Arb.). *Caratube International Oil Company vs. Republic of Kazakhstan*. Icsid Case n.° ARB/08/12, Award, High Court (June 5, 2012), http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-133678&query=AND(content%3A%22examination%22,content%3A%22 witness%22)#match88. *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*. Icsid Case n.° ARB/10/5, Procedural Order n.° 1 on Production of Documents, (Mar. 29, 2011), https:// icsid.worldbank. org / ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2071_En&caseId=C961. *S.D. Myers Inc. vs. Canada*, Partial Award on Liability (Nov. 13, 2000), http://www.kluwerarbitration.com/ document.aspx?id= ipn 80426&query=AND(content%3A%22witness%22,content%3A%22examination%22). *Himpurna California Energy Ltd. vs. PT. (Persero) Perusahaan Listruik Negara*, Final Award, (May 4, 1999), http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN22006&query=AND(content%3A%22cross%22,content%3A%22examine%22). André Abbud, Rafael Alves & Victor M. Ruiz. *Taking Evidence in Latin America: Some Observations on Local Practices and Use of the IBA Rules*, 23 ICC *Int'l Court of Arbitration Bulletin*, n.° 2, 2012 at 1, 14-16. Stirnimann Fuentes, Franz & Carolina Romero Acevedo. «El derecho a la prueba. Retos y problemas desde un enfoque europeo y comparado». En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa: Aspectos Actuales y Regímenes Jurídicos*, 149, 153-83 (Castillo Freyre, Mario (ed.), 2013. Giovannini, Teresa. «The Continental European Perspective and Practice of Advocacy». En *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 499, 511 (Bishop, Doak & Edward G. Kehoe (eds.), 2010. 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*, 63 Arb. 270-77 (1997). Patocchi, Paolo M. & Ian M. Meakin. *Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures. Int'l Bus. L.J.*, 884-95, 1996. Reymond, Claude & Lord Staughton. *Common Law and Civil Law Procedures: Which is More Inquisitorial? Arbitration*, 1989, 55(3), 155-62 (2011).

Sistema monista *vs.* sistema dualista

En la regulación del arbitraje se distinguen estos dos sistemas: el monista y el dualista. El primero apunta, salvo contadas excepciones, a una misma y única regulación del arbitraje nacional, interno o doméstico (véase «arbitraje nacional») y del internacional (véase «arbitraje internacional»); mientras que en virtud del segundo existe una regulación diferenciada y distinta para cada uno de estos dos tipos de arbitraje.

Pues bien, podemos afirmar que actualmente existe una tendencia generalizada a unificar la regulación del arbitraje interno y del internacional, esto es, existe una tendencia a la implantación de sistemas monistas. En ésta ha resultado crucial la Ley Modelo (véase «Ley Modelo Uncitral»); pues, aun circunscribiendo su ámbito de aplicación al arbitraje comercial internacional (véase «arbitraje comercial internacional»), al haber tenido en cuenta y considerado las diferentes tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona, ha venido siendo adoptada por los diferentes Estados a la hora de regular los arbitrajes internos e internacionales.

Téngase en cuenta lo pergeñado, en este orden de consideraciones, por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su nota explicativa acerca de la Ley Modelo (segunda parte): «Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes».

Así, no sólo –circunscribiéndonos en la Europa continental– países como España han optado (en concreto, mediante la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje) por incorporar o proyectar el

régimen del citado texto de *soft law*, tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales, sino también lo han hecho –ahora dentro del ámbito europeo anglosajón y refiriéndonos a las más recientes incorporaciones– países como Irlanda (*Arbitration Act 2010*, n.º 1 of 2010 de 8 de marzo de 2010).

Y circunscribiéndonos al ámbito iberoamericano, igualmente podríamos citar como ejemplos de modelos monistas el caso de Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación n.º 1770), Brasil (Ley de Arbitraje n.º 9307 de 23 de septiembre de 1996), El Salvador (Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 914 de 11 de julio de 2002), Guatemala (Decreto n.º 67-95), Honduras (Ley de Conciliación y Arbitraje aprobada por Decreto n.º 161-2000), México (Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio), Nicaragua (Ley de Mediación y Arbitraje n.º 540, aprobada el 25 de mayo de 2005), Panamá (Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, sobre Arbitraje, Conciliación y Mediación), Paraguay (Ley sobre Arbitraje y Mediación n.º 1879 de 24 de abril de 2002), Perú (Decreto Legislativo n.º 1071 de 27 de junio de 2008, sobre Arbitraje), República Dominicana (Ley Arbitral n.º 489 de 2008) y de Venezuela (la Ley de Arbitraje Comercial [Gaceta Oficial n.º 36430 de 7 de abril de 1998] no hace distinción entre interno e internacional).

No obstante lo anterior, no es menos cierto que países de fuerte tradición arbitral, como Francia, han optado por la solución dualista; solución que no ha sido modificada por el reciente Decreto n.º 2011-48 de 13 de enero de 2011. Esta solución dualista también ha sido adoptada por países iberoamericanos como Costa Rica y Colombia. En efecto, si bien Costa Rica (en virtud de su Ley n.º 7727) no contemplaba un criterio de internacionalidad, hay que advertir que la más reciente y vigente Ley n.º 8937 de 27 de abril de 2011, sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Ley Modelo Uncitral; sin embargo, ha optado por la solución dualista. Algo similar cabe decir con respecto a la nueva Ley n.º 1563 de 12 de julio de 2012, por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional: a pesar de su aproximación a la Ley Modelo Uncitral, mantiene un sistema dualista.

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

Referencias bibliográficas: *AA.VV*. Conejero Roos, C., A. Hierro Hernández-Mora, V. Macchia y C. Soto Coaguila (coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Madrid: La Ley, 2012. Barona Vilar, S. «Introducción». En *AA.VV. Comentarios a la ley de arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. Barona Vilar, S. (coord.). Lima: Thomson-Civitas, 2011, pp. 59-96. Esplugues Mota, C. «Comentario al artículo 3. Arbitraje internacional». En *AA.VV. Comentarios a la ley de arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. Barona Vilar, S. (coord.). Madrid: Thomson-Civitas, 2011, pp. 172-197. Hutchinson, B. «Dispute Resolution». En Hussey, A. y D. Keane (ed.). Construction Projects: Law and Practice (2008 Update). Dublin: Roundhall Thomson Reuters.

Vocablos conexos: Arbitraje. Arbitraje comercial. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Ley Modelo Uncitral.

Sistema «Solvit»

«Solvit» es un sistema informal y gratuito de solución de problemas transfronterizos que puedan afectar a ciudadanos y empresas europeos en el ejercicio de sus derechos relativos al mercado interior. De tal manera que Solvit puede resolver, sin necesidad de emprender acciones judiciales, las dificultades surgidas por la posible aplicación incorrecta de la legislación por parte de las instancias públicas de otros Estados miembros. Solvit no es, por tanto, una oficina de información o asesoría jurídica; no se ocupa de problemas entre empresas o entre consumidores y empresas ni de quejas sobre las instituciones de la UE.

La base de datos Solvit está gestionada por la Comisión Europea. De hecho, los principios para la utilización de la Red Solvit fueron establecidos por la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 2001. El Servicio de Orientación a los Ciudadanos y el Servicio de Orientación a las Empresas de la Comisión Europea prestan labores de asesoramiento a título informativo.

Los centros Solvit se encuentran en todos los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (los miembros de la UE, más Noruega, Islandia y Liechtenstein) y son los encargados de abordar los casos que se les presentan.

Solvit funciona del siguiente modo: cuando se presenta un caso a Solvit, el Centro Solvit del país (denominado «Centro Solvit de origen»), revisará el contenido de la solicitud para cerciorarse de que se trata de un

caso de aplicación incorrecta de la legislación del mercado interior y de que se ha ofrecido toda la información necesaria. A continuación, el Centro introducirá el caso en un sistema de bases de datos en línea y aquél será enviado automáticamente al Centro Solvit del otro Estado miembro en el que se ha producido el problema (denominado «Centro Solvit responsable»). El Centro Solvit responsable deberá confirmar, en el plazo de una semana, si se encargará de su caso. Ello dependerá en gran medida de si considera que la presentación del caso está justificada y de si resulta probable que pueda resolverse de manera pragmática. En determinados casos el problema puede residir en la propia norma jurídica, y no sólo en su aplicación. Cuando la solución de un problema exija la derogación de una norma concreta, puede llevar mucho más tiempo y, posiblemente, exigir una acción judicial formal. En tales casos, Solvit no puede hacer gran cosa, aunque un Estado miembro que ha aceptado modificar una norma impugnada puede optar por renunciar a aplicarla. El plazo para hallar una solución al problema es de diez semanas.

Los dos centros Solvit trabajarán conjuntamente para tratar de solucionar el problema; el Centro Solvit de origen mantendrá al interesado siempre informado de la evolución y la solución propuesta. Solvit constituye lo que denominamos un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que funciona con mucha más rapidez que en el caso de presentación de una reclamación formal. El solicitante no está obligado a aceptar la solución que se le proponga, pero no puede recusarla formalmente a través de Solvit. No obstante, en caso de que no se resuelva el problema o de que considere que es inaceptable la solución propuesta, aún puede emprender una acción judicial ante un tribunal nacional o presentar ante la Comisión Europea una reclamación formal.

Solvit se ocupa, en principio, de cualquier problema transfronterizo entre una empresa o un ciudadano y una autoridad pública nacional que obedezca a la posible aplicación incorrecta de la legislación comunitaria. Las áreas que ha abordado, fundamentalmente, Solvit, hasta el momento, son las siguientes: acceso a la educación, controles fronterizos, acceso de los productos al mercado, acceso de los servicios al mercado, establecimiento como trabajador por cuenta propia, contratación pública, fiscalidad, libre circulación de capitales o pagos, permisos de residencia, derecho de voto, seguridad social, derechos en el ámbito laboral, permiso de conducción, matriculación de vehículos de motor, reconocimiento de titulaciones o de cualificaciones profesionales. Esta lista no es exhaustiva. Solvit estudiará todos los casos que respondan a los criterios expuestos. No obstante, dado que Solvit ofrece un planteamiento informal de la resolución de problemas, no debe utilizarse en situaciones en las que ya están en marcha procedimientos judiciales.

Solvit se compromete firmemente a dispensar a los ciudadanos y las empresas un servicio de primer orden. Por esa razón, los centros Solvit han acordado cumplir determinadas normas importantes de calidad y rendimiento en la resolución de problemas. Según dichas normas, el servicio que se recibirá consistirá en lo siguiente: puede dirigirse a su Centro Solvit por teléfono, fax o correo electrónico en horario de oficina; recibirá una respuesta rápida a sus preguntas. Si se trata de un problema al que Solvit puede responder, el Centro Solvit realizará un primer análisis del caso y le comunicará lo antes posible si se puede presentar a esta red. Cuando su caso se introduzca en el sistema Solvit en línea, recibirá una breve notificación del Centro Solvit. Si el Centro Solvit del país en que se produjo el problema, acepta tratar de resolverlo, el plazo de resolución es de diez semanas. Si se llega a una solución, recibirá asesoramiento específico acerca de lo que debe hacer para beneficiarse de la solución propuesta.

En caso de que, pese al empeño de Solvit, la red no pueda resolver el caso, el Centro Solvit tratará de ayudar a encontrar otro modo de resolver el problema. Cuando un ciudadano o empresa desea presentar un problema a Solvit, se solicitan todos los datos relacionados con el caso, como el nombre y los datos de contacto de la persona u organización que presenta el problema. También se añadirán al archivo de la base de datos los documentos relacionados con el caso, cuando se disponga de ellos. Estos datos son necesarios para que los centros Solvit competentes traten de resolver de manera eficaz el problema. Los datos se emplearán únicamente para resolver el problema, para el control de calidad del servicio prestado y, en determinados casos, según la materia de que se trate, como base documental para abordar los problemas estructurales del funcionamiento del mercado interior.

Debido a que Solvit tiene por objeto resolver problemas específicos de ciudadanos o empresas, en la mayoría de los casos será muy difícil obtener un resultado positivo si no se conocen los detalles concretos del caso, entre ellos, datos personales como los de contacto. No obstante, el sistema permite abordar casos en los que los datos personales del cliente no se dan a conocer al denominado Centro Solvit responsable, que se ocupa de resolver el problema. En estos casos únicamente el Centro Solvit de origen puede acceder a los datos que permiten identificar al cliente.

Únicamente pueden acceder a los datos personales relativos a un caso específico las siguientes personas: las encargadas de su gestión en el Centro Solvit nacional y aquéllas que en la Comisión tengan competencias en el caso; los funcionarios relacionados con el caso en la institución pública que es objeto de queja (que no tendrán acceso directo a la base de datos); y el equipo de apoyo técnico de la Comisión, en caso de que surjan dificultades técnicas en relación con la base de datos. Cuando Solvit deba remitir el caso a otra red u organismo de resolución de problemas, se informará a los interesados y se les pedirá su autorización para la transferencia de los datos.

Los datos personales se mantendrán en la base de datos durante tres años, una vez concluido el caso. De este modo será posible hacer un seguimiento, en caso de que tras la conclusión del caso haya novedades. Tres años después se destruirán todos los datos personales y la información del caso únicamente se guardará de manera anónima con fines estadísticos. No obstante, los documentos justificantes que formen parte del expediente del caso y puedan contener datos personales se conservarán todo el tiempo necesario, con el fin de abordar problemas de carácter más estructural de funcionamiento del mercado interior, salvo que el solicitante se oponga a que continúen utilizándose sus datos con tal fin. En ese caso, los documentos justificantes también serán eliminados de la base de datos, tres años después de la conclusión del caso.

La base de datos Solvit está protegida mediante una serie de medidas técnicas. Cada ciudadano o empresa que haya presentado un problema a Solvit puede solicitar al Centro Solvit de origen que se ocupa de su caso, una recopilación de todos sus datos registrados, así como la rectificación o eliminación de los datos incorrectos.

Está disponible un buzón que se utiliza específicamente para todas las consultas relativas a Solvit destinadas a la Comisión Europea. Los funcionarios encargados del buzón del servicio de la Comisión competente, tratarán los datos personales únicamente en la medida necesaria para responder a la consulta. Si dicho servicio no puede responder, remitirá su mensaje a otro servicio de la Comisión; cada ciudadano o empresa será informado de ello mediante un mensaje. No se transmiten mensajes a ninguna persona ajena a la Comisión, pero, en caso de que el mejor modo de satisfacer la consulta consista en un contacto con un tercero, se le aconsejará que realice directamente dicho contacto. Los mensajes y los datos correspondientes se almacenarán el tiempo necesario para responderlos y, en función de la materia, para todo seguimiento que sea preciso después de la respuesta inicial.

Si alguien desea recibir regularmente información sobre Solvit, puede suscribirse a su lista de distribución electrónica. En todos los mensajes informativos se indicará el modo de darse de baja de la lista. El acceso a la lista de distribución está limitado al servicio responsable de Solvit de la Comisión. Las direcciones electrónicas de la lista no se difundirán entre otros servicios de la Comisión ni entre terceros para fines de comercialización directa.

La Comisión Europea gestiona la base de datos, el buzón electrónico y la lista de distribución Solvit.

Una amplia información sobre Solvit se recoge en la página web http://ec.europa.eu/solvit/site/index es.htm.

(Autora: Cristina Hermida del Llano. Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA A.L. y L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. HERMIDA DEL LLANO, C. «El arbitraje y Derecho comunitario europeo (a propósito de la solución extrajudicial de conflictos en el marco de ordenamientos supranacionales en mercados únicos)». Capítulo 21 del libro colectivo *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, segunda parte, pp. 317-319. NAVARRO CONTRERAS, E. *La ampliación de Europa y el Derecho del Comercio Internacional: los acuerdos europeos*. Granada: Ahulia, 2002.

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Arbitraje internacional. Globalización.

SOLICITUD DE ARBITRAJE (EN EL ÁMBITO CIADI)

La solicitud de arbitraje es el mecanismo mediante el cual el demandante inicia o promueve un arbitraje Ciadi. A tal fin, en la solicitud el demandante debe identificar a las partes y explicar en líneas generales en qué consiste la disputa. También se espera que explique y justifique por qué el Ciadi tiene jurisdicción sobre la disputa.

Aunque lo habitual es que la solicitud de arbitraje la formule el inversor que se considera agraviado por la conducta del Estado receptor de la inversión o por la conducta de entidades contratadas por ese Estado, existen casos en los que es el Estado receptor –o una entidad controlada por el Estado receptor– la que formula la solicitud de arbitraje frente al inversor. A la solicitud de arbitraje, el demandante debe acompañar el pago de un derecho o tasa de incoación del proceso cuya cuantía actualiza periódicamente el Ciadi.

La solicitud de arbitraje en el ámbito del Ciadi es regulada con cierto detalle en dos bloques de normas.

En primer lugar, el art. 36 del Convenio Ciadi dispone lo siguiente:

> 1. Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.
> 2. La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.
> 3. El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Además, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Mediación y Arbitraje («Reglas Ciadi de Iniciación») establecen los requisitos formales a que se sujeta la solicitud (Regla 1.1); confirman que la solicitud puede ser presentada por una sola parte o conjuntamente por las partes involucradas en la disputa (Regla 1.2); detallan el contenido mínimo obligatorio que debe contenerse en la solicitud (Regla 2), así como cierta información opcional que se puede facilitar en ella (Regla 3); y regulan el número de copias que deben aportarse (Regla 4), el acuse de recibo que el Ciadi debe efectuar de la solicitud (Regla 5), el registro de la solicitud (Reglas 6 y 7) y la retirada de la solicitud (Regla 8).

Son varios los rasgos que diferencian una solicitud de arbitraje Ciadi de las solicitudes o notificaciones con que habitualmente se inician otros tipos de arbitraje internacional. Por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el sistema de arbitraje AAA/ICDR, CCI, o Uncitral de 2010, ni el Convenio del Ciadi ni las Reglas Ciadi de Iniciación contemplan que el demandado presente una respuesta propiamente dicha a la solicitud de arbitraje. Así, en un arbitraje Ciadi se pasa directamente de la presentación y registro de la solicitud, a la constitución del tribunal, a la resolución de objeciones o excepciones previas que se puedan haber previsto y a la formulación de memoriales de fondo, que es el momento en el que el demandado, si procede, responde, finalmente, a los argumentos sustantivos del demandante. Esto significa que en la práctica, y dependiendo del tiempo que lleve la constitución del tribunal y la resolución de las cuestiones que se tramiten de forma previa y separada, pueden transcurrir meses o incluso más de un año desde el momento en que se presenta la solicitud de arbitraje Ciadi hasta el momento en que el demandado formula argumentos de respuesta en cuestiones de fondo.

En todo, caso, la mayor diferencia que existe entre una solicitud de arbitraje Ciadi y una solicitud de arbitraje en otro tipo de casos internacionales, es que la solicitud de arbitraje Ciadi está sujeta a un análisis inicial. Este análisis, de acuerdo con la Regla 6, debe efectuarlo el Secretario General del Ciadi, inmediatamente después de presentada la solicitud; no incluye la necesidad de que se dé audiencia al demandado; y debe limitarse a analizar si la disputa reflejada en la solicitud, queda manifiestamente fuera de la jurisdicción del Ciadi. Si el Secretario General considera que la disputa está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Ciadi, entonces, deberá denegar el registro de la solicitud en una resolución fundada.

Si el Secretario General considera que la disputa no está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Ciadi, entonces, procederá al registro de la solicitud y a la constitución del tribunal.

Frente a la decisión del Secretario-General sobre el registro de una solicitud no está expresamente contemplado recurso alguno. Ahora bien, el registro de la solicitud es, en todo caso, sin perjuicio de la potestad del tribunal de analizar su propia jurisdicción y de pronunciarse sobre ella. Es, por tanto, posible –y de hecho se produce con cierta frecuencia– que el Secretario General registre la solicitud de arbitraje por considerar que no hay falta de jurisdicción manifiesta y que; sin embargo, en una fase procesal más avanzada, el tribunal declare su falta de jurisdicción sobre el asunto.

Con independencia del análisis jurisdiccional que en su caso pueda efectuar el tribunal, lo cierto es que el Secretario General del Ciadi queda investido de una potestad decisoria notable, que debe ejercitarse, en

todo caso, y que contrasta con lo que sucede en otras instituciones arbitrales: la mayoría de los reglamentos de arbitraje internacional o bien no otorgan funciones decisorias al administrador, o bien le permiten analizar *prima facie* la existencia de jurisdicción, pero sólo en situaciones en que un demandado haya planteado objeciones jurisdiccionales o no haya comparecido: así sucede, por ejemplo, en el caso del art. 6 del Reglamento CCI.

(Autor: Aníbal Sabater. Chaffetz Lindsey. Nueva York).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: «Dallas Workshop 2001: scene I: US Power and Local Power Discuss Filing a Request for Arbitration with Icsid». *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue n.º 3, pp. 255 y ss. SUTTON, Stephen D. *Emilio Augustin Maffezini vs. Kingdom of Spain and the Icsid Secretary-General's Screening Power*. *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2005, vol. 21, issue n.º 1, pp. 113 y ss.

SUBROGACIÓN DE LAS PARTES (EN EL CONVENIO ARBITRAL)

1. Definición

La Real Academia Española define la subrogación como acción o efecto de subrogar. Y subrogar, como sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. En términos jurídicos, la subrogación es aquel fenómeno en el que una persona adquiere los derechos y obligaciones de otra, pasando a ocupar su posición en la relación jurídica.

La subrogación en el convenio arbitral implica, por tanto, que un nuevo sujeto o una nueva persona (física o jurídica), al pasar a ocupar la posición jurídica de la subrogada, queda vinculada por el convenio arbitral con todos los efectos que ello comporta.

2. Análisis de diversas situaciones en que se produce la subrogación de partes en el convenio arbitral

En el ámbito del arbitraje, la subrogación como fenómeno jurídico, puede plantearse en diversas situaciones. Se analizan, a continuación, los supuestos más frecuentes de subrogación en la práctica dentro del convenio arbitral.

2.1. La subrogación en el convenio arbitral en la cesión de contratos sometidos a pacto arbitral

Cuando nos referimos a la subrogación convencional, parece evidente que la subrogación de una o más partes intervinientes en un negocio jurídico sometido a arbitraje, conlleva la sucesión también en el convenio arbitral. Y ello es así, puesto que el pacto arbitral, como relación jurídica que es, es susceptible de ser transmitida.

La voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, se desprende del propio negocio jurídico en virtud del cual opera la subrogación del contrato.

Así, el subrogado acepta ocupar la posición jurídica que ocupaba aquél en quien se subroga mediante una sucesión en esa concreta relación jurídica, pero de forma íntegra. El subrogado, pasa a ocupar esa posición jurídica, tanto en cuanto a los derechos como a las obligaciones, y tanto respecto de las acciones ejercitables como de las excepciones oponibles entre las partes de la relación jurídica, entre las que, claro está, se incluye la sumisión arbitral.

Por más que la cláusula o convenio arbitral pueda ser tenida como pacto autónomo, no cabe cuestionar la validez o vinculación de la misma, una vez operada la subrogación puesto que, en virtud de ésta el subrogado lo hace en todo el contenido del mismo, sin que sea necesario pactar de nuevo, expresamente, dicha cláusula. Por ello, para que el convenio arbitral no resulte de aplicación en la relación jurídica novada, deberá hacerse expresa exclusión del mismo en el documento en virtud del cual se pacta la subrogación.

2.2. La subrogación legal del asegurador en el pacto arbitral

La acción de reintegro, prevista en España en el art. 43 de la Ley n.º 50/1980 del Contrato de Seguro –distinta de la acción de repetición–, produce el efecto de transferir al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, colocándole en la misma posición jurídica que el acreedor en cuyo lugar se subroga. Posición jurídica que alcanza no sólo a los derechos y acciones sobre pretensiones materiales, sino también a los de contenido procesal.

> El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Coincidente con esta acción de reintegración, es la que establece el art. 780 del Código español de Comercio para los seguros de transporte marítimos, a los que no se aplica la Ley del Contrato de Seguro.

> Pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por malicia o culpa causaron la pérdida de los efectos asegurados.

Ambos casos son un claro supuesto de subrogación legal –*ex lege*– previstos en los mencionados artículos. Por lo que se refiere a su regulación general, en sede de Derecho privado, viene la misma contenida en los arts. 1.209 y 1.210 del Código Civil, dejando de lado el supuesto especial del art. 1.211 del mismo cuerpo legal.

En estos supuestos de subrogación legal, si la aseguradora demandante actúa por subrogación de su asegurado, tendrá los mismos derechos de éste y se le podrán oponer las mismas excepciones, entre las que se encuentra, claro está, la excepción de arbitraje. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7514) en la que, con cita de la de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8152), señala que «la subrogación prevista en la ley con finalidad de reintegro, produce el efecto de transferir al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, y aunque pronunciada en el ámbito del seguro marítimo, ha de considerarse aplicable a otros supuestos en los que lo que se ejercita es el mismo derecho de subrogación».

Ésta es también la línea seguida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2000, al considerar vinculante para la aseguradora que se subrogó, tras el pago, en la posición de la asegurada, la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje pactada en un contrato en el que aquélla no había tenido intervención.

También es elocuente la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de diciembre de 1998, en la que se verifica un estudio de la novación modificativa que acaece cuando la aseguradora se subroga en los derechos de su asegurado, señalando que esta novación, que se presume en virtud del pago efectuado (art. 1210 CC) transfiere al subrogado el crédito con todos los derechos a él anexos, colocándole en la misma posición jurídica que el acreedor, en cuyo lugar se subroga. Concluye, por tanto, que la cláusula inserta en el contrato sería aplicable a la aseguradora cuando la asegurada hubiese aceptado la sumisión de forma expresa.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 64/2003 de 6 febrero de 2003 (RJ\2003\850):

> Fundamento Jurídico segundo: […] la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al art. 780 Código de Comercio (LEG 1885, 21), se subrogue en su lugar en virtud del pago, pues de otro modo se produciría la consecuencia injusta de poder invocar ésta el contrato de su asegurada en lo beneficioso con inmunidad; en cambio, frente a lo perjudicial, debiendo, por tanto, distinguirse la subrogación del simple derecho de repetición contra los deudores en que la acción del asegurador es independiente de la del asegurado, pues en el caso de la subrogación, la acción que ejercita el asegurador, es la misma que correspondería a su asegurado (STS 11-11-1991 en recurso n.º 2356/1989 [RJ 1991, 8152]); como cuestión distinta es, asimismo, la de la aseguradora cuya asegurada no hubiera consentido la cláusula de sumisión a arbitraje por tener la condición de mera receptora del cargamento; ajena, por tanto, al contrato de fletamento (STS 30-12-1992 en recurso n.º 2160/1990 [RJ 1992, 10566]).

2.3. Sucesión entre sociedades mercantiles

Otro supuesto muy frecuente en el que se produce esta subrogación «en bloque» dentro del convenio arbitral, se produce en la sucesión operada entre sociedades mercantiles. Así, en la fusión o absorción de sociedades se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, de forma que la absorbente adquiere el patrimonio de la absorbida y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de ésta.

En estos casos, la sociedad absorbente queda vinculada por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, de tal forma que determina la sustitución de la sociedad absorbida por la absorbente en todos sus contratos sin excepción, y en todas sus cláusulas, incluida la sumisión a arbitraje.

2.4. Extensión del convenio arbitral a los nuevos socios de la mercantil

Antiguas –y aparentemente superadas– teorías antiarbitralistas negaban que al adquirente de una acción le afectara la cláusula estatutaria de sumisión arbitral. Como argumento esgrimían que el convenio arbitral es un contrato al que las partes deben prestar su voluntad inequívoca, sin que la adquisición de acciones suponga la voluntad expresa de asumir el convenio arbitral.

Sin embargo, estas posiciones olvidan (i) que hubo convenio arbitral en la escritura de constitución de la sociedad, al que prestaron su consentimiento expreso todos los socios y (ii) que al adquirir una acción, se produce una subrogación en la íntegra relación jurídica originaria.

En un contrato de sociedad, la cesión de la cualidad de socio comporta para el cesionario la adquisición de la situación jurídica que tenía el socio cedente en su integridad. Configurada la cualidad de socio como un haz de relaciones jurídicas complejas, que engloba elementos activos y pasivos, la adquisición derivativa de la acción o de la participación social investirá al adquirente de aquella misma cualidad y situaciones.

Así, el adquirente de una acción quedará sometido a toda la estructura social estatutaria: a los privilegios de otros, a los derechos especiales de fundadores y promotores, a las prestaciones accesorias, a las restricciones referentes a la libre transmisibilidad, a las limitaciones del derecho a voto, al pago de los dividendos pasivos, etc.

No se precisa nuevo consentimiento del socio adquirente. El consentimiento a todo el entramado social ya lo prestaron los socios fundadores. Los posteriores adquirentes de las acciones son meros sucesores jurídicos de aquellos. Si los socios estipularon un convenio arbitral para la resolución de conflictos societarios, que se articuló en los estatutos, los nuevos socios suceden a los primeros también en esta relación arbitral.

Así lo declaró la Resolución de la DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado) de 19 febrero 1998 (RJ 1998, 1118) al afirmar que la existencia de cláusulas de sumisión al arbitraje, una vez introducidas en los estatutos e inscritas en el Registro Mercantil, vinculan, tanto a los socios presentes entonces, como a los futuros. Esta resolución distinguía de una parte el «pacto compromisorio extrasocial o no inscrito», que «vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos»; y de otra, el pacto compromisorio «que se configura como estatutario y se inscribe», que «vincula a los socios presentes y futuros».

Y ello se explica porque «el convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, 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». Esta doctrina fue asumida unos meses más tarde por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 1998 (RJ 1998, 2984).

En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.° 893/2008 de 1 de octubre de 2009. (Ponente: Ilma. Sra. M.ª Almudena CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL).

2.5. El convenio arbitral en las comunidades de propietarios

De la misma forma que en el arbitraje societario, cada vez es más frecuente la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje en los estatutos de las comunidades de propietarios.

Por ello, el adquirente de una entidad perteneciente a una propiedad horizontal constituida como comunidad de propietarios, en cuyos estatutos se contemple la sumisión a arbitraje para los litigios entre comuneros, queda ligado por este pacto arbitral, al igual que por el resto de cláusulas estatutarias, tanto atributivas de derechos como constitutivas de obligaciones. Y con ello se subroga en la posición del transmitente de aquella finca o entidad registral, de forma que éste queda substituido por aquél a todos los efectos, incluido el convenio arbitral.

3. Comentario

El pacto o convenio arbitral constituye la primera pieza –esencial– del arbitraje por tratarse del acuerdo en el que se expresa la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje la solución de todas o algunas

cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas en materias de libre disposición. La cláusula arbitral es, por tanto, la que debiera dibujar el marco de las relaciones jurídicas y los eventuales temas conflictivos que se someten a arbitraje.

Por ello, a la hora de comenzar un procedimiento arbitral habrá que ver a quién vincula tal pacto y advertir la existencia de fenómenos jurídicos como la subrogación en convenios arbitrales que, como se ha expuesto, son relativamente frecuentes en la práctica y pueden tener importantes consecuencias en el orden procesal.

(Autor: Inés Trelles Villanueva. Abogado. Barcelona).

Referencias bibliográficas: Munné Catarina, Frederic. «La subrogación intervivos en el convenio arbitral». Ortega Burgos, Enrique. «Los conflictos societarios y el arbitraje: pasado, presente y futuro». *Noticias jurídicas*, mayo 2011. Aguilar Grieder, Hilda. «La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional».

Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)

Podemos definir la sumisión a arbitraje como la voluntad manifiesta o presunta de las partes para someter sus diferencias a un procedimiento arbitral.

En España, la sumisión, tanto expresa como tácita, se regula en el art. 9 de Ley de Arbitraje (LA).

La sumisión expresa tiene su máxima expresión en aquellos supuestos en los que adopta la forma de cláusula incorporada a un contrato o acuerdo independiente, en el que se manifiesta 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.

Así, la LA 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; no obstante, la jurisprudencia española ha venido considerando que la clave para entender si el convenio es o no válido, no radica en la utilización de determinadas fórmulas sacramentales, sino en la prueba de la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a arbitraje, tal y como ha defendido el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de mayo de 2003.

Por lo que respecta a la sumisión tácita, la misma viene regulada en el apartado 5 del art. 9 LA, en la que se establece que el cruce de los escritos de demanda y contestación con sometimiento a arbitraje, será suficiente para entender que se cumple la voluntad de las partes de dilucidar sus controversias mediante dicho mecanismo, y renunciando así a otros pactos de sumisión a juzgados o tribunales o dejando sin efecto el fuero jurisdiccional previsto por la ley.

Desde el punto de vista del arbitraje internacional, merecen destacarse algunas previsiones en torno al Convenio Ciadi, que en su preámbulo establece la previsión de que para que se entienda que existe sometimiento a arbitraje, debe constar el consentimiento mutuo de las partes para que surja la jurisdicción del tribunal; b) en concreto, el consentimiento de un Estado parte debe resultar de manera especialmente clara, ya que «la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado».

Por tanto, ya sea por la vía de la sumisión expresa o de la tácita, lo cierto y claro es que el sometimiento de las controversias a arbitraje no exige fórmulas rituarias, sino la mera voluntad de las partes de someter la solución de sus conflictos a arbitraje.

(Autora: Antonia Magdaleno. Profesora Derecho procesal de la Universidad de Valencia y socia directora de Antonia Magdaleno Abogados).

Vocablos conexos: Arbitraje sin vínculo contractual. Conveno arbitral. Declinatoria arbitral.

T

TELECOMUNICACIONES (VER «ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES»)

TERCERO INTERVINIENTE

Afirma el Diccionario de la Real Academia Española que «tercero» es aquella «persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier género». Queremos traer a colación ahora esta definición, por cuanto que las dos partes de que se compone la misma, separada por la disyunción «o», nos permite subrayar, en este momento, la doble acepción que también tiene este vocablo en la materia objeto del presente diccionario, cual es el «arbitraje».

Así, por un lado, desde una perspectiva estrictamente procedimental, «tercero» en un proceso arbitral lo será aquél que no sea parte (al menos inicialmente), de este último. Siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ, deberemos distinguir en esta categoría los supuestos de intervención principal (que tiene lugar cuando el tercero interviene en el proceso proponiendo una pretensión conexa con la controvertida entre las partes, pero incompatible con ésta); de intervención litisconsorcial (que es aquélla en la que un tercero interviene en un proceso para defender derechos propios que se discuten en el proceso, y que son similares, en todo o en parte, a los afirmados por una de las partes en litigio); y de intervención adhesiva, que se diferencia de la anterior en que, si bien el interviniente coadyuva con una sola de las partes en litigio, no lo hace defendiendo un derecho propio discutido en el proceso, sino que su legitimación deriva del interés que tiene en evitar los efectos reflejos o secundarios de la sentencia que, en cuanto hecho jurídico, puede directamente repercutir en su relación con alguna de las partes.

Sin embargo, excepción hecha de lo regulado en determinados reglamentos de algunas instituciones arbitrales aisladas, casi nunca se dan en la práctica, desde esta perspectiva estrictamente procedimental, verdaderos «terceros» en un proceso arbitral, por ser reacia la doctrina y el mundo del arbitraje, en general, a admitir que quien no ha suscrito un convenio arbitral pueda, ulteriormente, intervenir como parte en un método alternativo de resolución de conflictos al que no eligió, en su día, someterse de forma totalmente voluntaria, excluyendo así el ámbito de la jurisdicción estatal.

No acontece lo mismo, sin embargo, con aquéllos que, por retomar la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, han intervenido o intervienen «en un negocio –jurídico, en este caso– de cualquier género». En efecto, su legitimación para intervenir en el proceso arbitral no deriva, entonces, del hecho de tener un interés cualquiera en una determinada *litis* (por digno de protección que pueda llegar a ser), sino por su participación efectiva y personal en la conclusión, ejecución y resolución del contrato litigioso, cada día más frecuente en el ámbito de la contratación internacional y, particularmente, en la contratación con grupos de empresas.

En estos supuestos, no puede hablarse de «terceros», *stricto sensu,* sino, como mucho, de sujetos inicialmente ajenos a la suscripción del convenio arbitral, pero que, ulteriormente, por cualesquiera de las formas admitidas en Derecho sustantivo, han devenido en verdadera parte contractual de la relación jurídica en discordia. Tal es el caso, por ejemplo, de una cesión de contrato o de una fusión por absorción (entre otros tantos que pueden llegar a citarse), donde razones, tanto de tipo práctico, como de justicia material, aconsejan que los árbitros puedan conocer con plenitud de causa, del asunto que les ha sido sometido a su jurisdicción al derivar, precisamente, todas ellas del propio convenio arbitral, evitando así el gravísimo perjuicio (cuando no, abierta indefensión) que puede causarse a quien, en caso de pluralidad de demandados, ve inadmitidas a trámite sus pretensiones contra estos últimos por la jurisdicción ordinaria (al existir una cláusula compromisoria suscrita con uno de ellos) y, ulteriormente, por un tribunal arbitral (so pretexto, en este último supuesto, de que el convenio tan sólo vincula a aquél que lo ha suscrito y manifestado así su inequívoca voluntad de someterse a arbitraje).

Y, sobre este punto, existe una consolidada jurisprudencia arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, fundamentalmente, que desde los conocidos asuntos «Clunet» y «Dow Chemical», viene sosteniendo sin fisuras que pueden ser demandados en un proceso arbitral quienes han participado, efectiva y personalmente, en la conclusión, ejecución y resolución del contrato, todo ello atendidas las «consecuencias de la realidad económica», por ser acordes «con las necesidades del comercio

internacional, a las cuales deben responder las reglas específicas, progresivamente elaboradas, del arbitraje internacional», como literalmente se afirma en la última de estas dos resoluciones antes citadas, al hilo de la doctrina sentada por los tribunales franceses; y, muy particularmente, por la *Cour d'Appel* de París.

(Autor: Juan Pablo Correa Delcasso. Universidad de Barcelona).

Referencias bibliográficas: Alonso Puig. «Recepción del arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva ley de arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales». En *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad. AA.VV*. Barcelona, 2009, pp. 179-181. Correa Delcasso. *La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina del Tribunal Internacional de Arbitraje de la CCI* (pendiente de publicación). Merino Merchán/Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral,* 3.ª edición. Palacios Pareja. *El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral* (publicado en Internet). Serra Domínguez. «Intervención de terceros en el proceso». En *Estudios de Derecho procesal*. Esplugues de Llobregat, 1969. *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*; sobre este particular, pueden consultarse también muchos estudios y comentarios jurisprudenciales contenidos en la *Revue de l'Arbitrage*.

Vocablos conexos: Convenio arbitral. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. *Kompetenz-kompetenz*. Litisconsorcio.

Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral»)

Terminación convencional del procedimiento administrativo

Etimológicamente, la locución «terminación convencional», expresa el poner fin a algo a través de un acuerdo, pacto o convenio, puesto que el vocablo «terminación», proveniente del latín *terminatĭo, -ōnis,* significa la acción y efecto de terminar o terminarse algo y la dicción «convencional», deriva del latín *conventionālis*, que denota el poner fin a algo a través de un acto, pacto o convenio.

En cuanto al procedimiento administrativo, se puede definir como aquel conjunto de rituales formales o cauce formal que lleva a cabo la administración para concretar su actuación administrativa o tomar sus decisiones.

Conjugando ambos conceptos definidos *ut supra*, se conoce por «terminación convencional de los procedimientos administrativos» aquella modalidad de conclusión de los expedientes a través de pactos, acuerdos, contratos o convenios suscritos entre las administraciones públicas y los interesados en los mismos, para conseguir su resolución final.

De su definición se desprende que la terminación convencional del procedimiento supone admitir la concurrencia de la voluntad de los interesados en el procedimiento (o de terceros que en él comparezcan al efecto), junto con la de la administración actuante y titular de la potestad y competencia en ejercicio, en la configuración del contenido de la decisión administrativa normalmente expresada mediante resolución unilateral y que, ahora, se manifiesta mediante un acuerdo, pacto, convenio o contrato, por lo que la introducción misma de la figura convencional supone, según la doctrina, «la admisión de la negociación sobre el objeto de las potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto».

1. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, el convenio por el cual se da por concluido el procedimiento administrativo, no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato o convenio, una declaración de voluntades con la finalidad de poner fin a un conflicto entre administración y un particular. En él las partes se comprometen a realizar determinadas actuaciones, algunas muy concretas y ciertas, lo que no es ninguna declaración de propósitos sino un compromiso firme y definitivo. Estas estipulaciones no son mera exposición de intenciones, sino auténticas declaraciones de voluntad vinculantes. Por lo anterior, en las legislaciones nacionales que regulan este tipo de modalidad de finalización del procedimiento administrativo, la terminación convencional no se puede entender como un mero acto de trámite sin más dentro de lo tantos que contiene el procedimiento administrativo, sino como un acto de trámite cualificado sometido a impugnación judicial según sea el caso, en cuanto que sustituye a un acto administrativo.

2. Límites

En los ordenamientos en los que tal régimen se contempla, las administraciones públicas están capacitadas para celebrar tales acuerdos tanto con otras personas de derecho público como de derecho privado, siempre

que no sean tales pactos contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de someterse a transacción, teniendo en todo caso por objeto, satisfacer el interés público encomendado a todo sujeto público, con aquellos efectos y alcance que disponga la norma que los prevea y con carácter de acto resolutorio y terminador del procedimiento, por lo que la pertinencia, alcance y posibilidades de las figuras convencionales deberá medirse por el rasero de la regulación administrativa sustantiva de la materia de que se trate.

En resumidas cuentas, los límites al acuerdo, pacto o convenio por el que se concluya un procedimiento administrativo, serán los siguientes:

a. Que el acuerdo, pacto o convenio no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico

La manifiesta infracción del ordenamiento jurídico podrá consistir en infracciones de normas procedimentales –*v. gr.*, haberse acordado sin la solicitud de un informe preceptivo del órgano consultivo competente– o materiales. Como cuando fuera manifiesto que no se daban los requisitos objetivos para otorgarla, antes señalados –*v. gr.*, incertidumbre de las relaciones jurídicas por ser evidente la procedencia o improcedencia de la pretensión objeto del proceso– o no existir recíprocas concesiones.

b. Que el acuerdo, pacto o convenio no fuera lesivo al interés público

El interés público, como elemento esencial del ordenamiento jurídico, opera no sólo como fin último de la actividad administrativa, sino como presupuesto de legalidad de decisiones singulares.

El acuerdo o pacto que dé por terminado el procedimiento no puede ser lesivo al interés público. Será lesivo al interés público, por supuesto, siempre que no exista incertidumbre en la relación jurídica y la solución correcta de la *litis* hubiera sido más favorable a los intereses de la administración, o cuando, existiendo incertidumbre, la seguridad conseguida ha sido a costa de una concesión por parte de la administración pública excesiva o desproporcionada a la concesión de la otra parte.

c. Que el acuerdo no fuera lesivo a terceros

Con arreglo a los principios que informan la regulación de las partes en el proceso administrativo, no será admisible el acuerdo, pacto o convenio siempre que de ello se derive una lesión de los derechos o intereses de quienes no hubiesen intervenido en él, siempre que la lesión sea real y efectiva.

A los límites señalados, se unen por un lado la indisponibilidad por parte de la administración de que a partir de dichos pactos, acuerdos o convenios altere las competencias que ostenta; y, en segundo lugar, los mencionados pactos o acuerdos no podrán afectar al régimen jurídico de responsabilidades al que se sujetan las autoridades y funcionarios en relación con el funcionamiento de los servicios públicos. Dicha limitación responde al hecho de que están fuera del tráfico jurídico las potestades administrativas regladas, y por eso mismo, únicamente en casos de habilitación legal específica y cuando concurra un interés público y unas circunstancias que favorezcan la discrecionalidad administrativa, podrá existir la terminación procedimental objeto de esta voz.

Del mismo modo, en la terminación convencional del procedimiento administrativo el propósito común perseguido por las partes no puede ser otro que el legalmente prefijado a la concreta actividad administrativa de que se trate (a través de la configuración de la potestad ejercitada); y, por tanto y en último término, el interés general. De ahí que las motivaciones concretas de las partes, cuando trasciendan a la determinación de la finalidad de la actividad administrativa y la aparten objetivamente de su fin legal típico, vician de suyo la causa, haciéndola ilícita.

Continuando con el contenido del pacto, convenio o acuerdo por el cual se manifiesta formalmente la terminación convencional, para que sea conforme a derecho, no sólo será necesario no traspasar los límites antes señalados, sino que además deberá tener un contenido mínimo, sin el cual resultaría ilegal.

De ahí que el acuerdo deberá contener de forma concreta la identificación de las partes intervinientes, y en función de qué atribución lo son y por qué, el ámbito personal, territorial y funcional del pacto o acuerdo; su plazo de vigencia y sus destinatarios. De igual modo, en ocasiones las normas prevén su publicación, que usualmente depende del ámbito al que afecta el convenio y de su naturaleza más o menos general o de pluralidad de destinatarios.

Según algunos autores, el hecho de que se incluya en el contenido mínimo, las partes intervinientes y el ámbito personal, denota que estos convenios, pactos o acuerdos finalizadores del procedimiento administrativo, podrían reconocer derechos subjetivos a favor de terceros que no sean parte en el mismo. Pensemos que los convenios se podrían dar, eventualmente, entre la administración y sólo algunos de los interesados en el procedimiento, sin que en el mismo participen todos los interesados. *Verbi gratia*, el caso de varios copropietarios expropiados, cuando la administración sólo llegara a un acuerdo sobre el justiprecio de la parte alícuota de uno de ellos.

En lo concerniente a las partes intervinientes, como ya se ha mencionado más arriba, estos pactos, convenios, acuerdos o contratos se pueden pactar con personas de derecho público o de derecho privado. Pero, no hay que perder de vista que no estamos ante un convenio interadministrativo, ni ante un convenio de colaboración entre administraciones públicas; ni ante un contrato administrativo o privado de la administración en puridad de conceptos: estamos ante un acuerdo de voluntades que sustituye a una decisión administrativa ejecutiva, dictada en el ejercicio de una potestad administrativa; ante un acuerdo de voluntades que sustituye a un acto administrativo y que debe cumplir las mismas finalidades que éste.

Esto significa que, cuando el pacto o acuerdo se realice con otra persona de derecho público, con otra administración, será porque ésta estará actuando como administrada. Sirva de ejemplo el convenio expropiatorio en virtud del cual la administración expropiante, expropia a otra administración determinados bienes patrimoniales.

Otro punto a tener en cuenta en las legislaciones nacionales que contemplan la terminación convencional del procedimiento administrativo, es el referente a la suspensión del plazo para resolver, considerando que el inicio de negociaciones con vistas a una posible terminación convencional del procedimiento, desde la declaración formal efectuada al respecto hasta la conclusión de las negociaciones, que asimismo se constatará mediante declaración formulada por la administración a los interesados, suspende el término para la resolución del mismo. Pensemos que la terminación por pacto o convenio, exime de la obligación de resolver; sin embargo, la referencia a la reanudación tiene sentido tanto en los casos en que las negociaciones hayan tenido un fin frustrado, como en los supuestos en que el pacto o convenio no sustituya a la resolución, sino a la propuesta.

Otro dato relevante en esta materia es que la terminación convencional de los procedimientos, así como aquellos procedimientos administrativos de mediación, arbitraje y conciliación, no suelen estar sujetos al régimen del silencio administrativo contemplado en múltiples legislaciones, al tener un genio negocial o contractual. En el sentido apuntado, existen corrientes jurisprudenciales que asimilan a esta terminación con un contrato administrativo especial, algo que la normativa contractual pública de algunos países, como España, han llevado a sus códigos. Con todo, no cuesta calificar a estas terminaciones como actos administrativos especiales y culminadores de un procedimiento, por lo que no siempre que medie pacto o convenio entre la administración y el interesado, estaremos ante un caso de terminación convencional en sentido estricto; sólo será así en los casos en que la terminación convencional sustituya a la resolución. Sólo en estos casos no existirá obligación de resolver ni silencio administrativo.

A modo de ejemplo, en los ordenamientos jurídicos nacionales donde se encuentra regulada la conclusión convencional de los expedientes administrativos, suelen habilitar esta fórmula en materia de fijación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas mediante acuerdo indemnizatorio, como también es frecuente su uso en materia de subvenciones, o en los convenios expropiatorios en todo lo tocante a la fijación del justiprecio, así como en asuntos vinculados al régimen del suelo a través de convenios urbanísticos.

3. Impugnación

Por lo que respecta a su impugnación, el convenio es perfectamente impugnable en cuanto que sustituye a un acto administrativo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de vicios en su adopción, como vicios procedimentales, indebida afección de los derechos de terceros, o vicio de incompetencia; o incluso convenios sobre materias no susceptibles de transacción. En cambio, iría contra la doctrina de los actos propios, en principio, la impugnación de uno de estos convenios, cuando el mismo verse sobre cantidad, por corresponder una indemnización mayor en estricta aplicación de las normas; en otro caso, el convenio de nada serviría. Esto ocurre, por ejemplo, en sede de expropiación forzosa en el caso del convenio sobre el justiprecio.

(Autor: Diego Javier Pellegrino. Profesor de la Universidad Internacional de Cataluña).

Referencias bibliográficas: Bustillo Folado, Roberto. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Navarra: Aranzadi, 2010. Ferreti Jacas, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35, 1999. Huergo Lora, A. «La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo». *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia, 2000. López Menudo, F. «Arbitraje y derecho público». *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999. Parejo Alfonso, Luciano. «El art. 88 de la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo». En *Convención y arbitraje en el Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1996. Rosa Moreno, Juan. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. Trayter Jiménez, Joan Manuel. «El arbitraje de Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En *AA.VV. La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. «El arbitraje de Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143. Tornos Mas, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 1995, n.º 136, 1995. *AA.VV*. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

Test de Salini

Se utiliza este término en alusión al *Caso Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos*, tramitado ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (Ciadi), cuya decisión sobre jurisdicción se emitió en el año 2003 y donde se establecieron algunos requisitos para identificar una inversión extranjera en el marco del Derecho internacional de las inversiones.

Se trata de un asunto relevante para el arbitraje en inversiones; en especial, para el arbitraje ante el Ciadi, que cuenta como una regla de admisibilidad que la materia controvertida sea un asunto de naturaleza jurídica en inversiones y que el accionante sea un inversionista extranjero, de conformidad con los parámetros establecidos en el tratado Ciadi.

Los requisitos recogidos en el *Caso Salini* son: *a)* que la inversión cuente con un plazo relevante de duración; *b)* que implique un riesgo y sea perceptible; *c)* que la inversión contribuya al desarrollo económico del país receptor. Estos requisitos contrastan con la definición de inversión adoptada en el *Caso Ciadi Malaysian Historical Salvors SDN, BHD contra Malasia* de 2009, que contiene un marcado sesgo economicista, así como con otras definiciones adoptadas en otros casos.

Si atendemos a los antecedentes, en materia de plazo, veremos que el primer proyecto del Convenio Ciadi incluía un plazo para la inversión, mientras que el texto definitivo del tratado no incorporó nada al respecto. En el *Caso Salini* se estableció que la inversión debía abarcar un período de dos a cinco años. Del mismo modo, se entiende que el plazo debe ser ininterrumpido. El plazo, por ejemplo, se puede computar desde la firma del contrato o los contratos que comprenden la inversión, hasta el cumplimiento del objeto contractual. Pero, también hay jurisprudencia en el sentido de que el plazo de la inversión se computa desde la convocatoria de la licitación. Así se decidió en el *Caso Jan de Nul con Egipto*, tramitado ante el Ciadi en el año 2006.

El requisito del plazo, en cierto modo, está vinculado a la idea de que la inversión debe contribuir al desarrollo económico del país receptor, de donde se considera que a mayor plazo, mayores posibilidades de contribuir al desarrollo. Es el mismo criterio que se encuentra expresado en el Informe de los Directores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, que sustenta el Convenio Ciadi. En consecuencia, la evaluación del plazo comprende componentes cuantitativos de tiempo y también cualitativos, en lo concerniente a las características de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.

En lo concerniente al riesgo, hay otra jurisprudencia arbitral en inversiones que, a diferencia del *Caso Salini*, se extiende al tema de las garantías bancarias como objeto de factor de riesgo de una inversión. Es lo ocurrido en el *Caso Bayindir con Pakistán*, tramitado también en el Ciadi en el año 2005. Es curioso el *Caso Helnan con Egipto*, también del Ciadi, tramitado el año 2006, en el que el factor riesgo se vinculó con el hecho de que una empresa tuvo que mantener por un período determinado de tiempo, el nivel de cinco estrellas de un hotel, sin tener certeza de poder recuperar la inversión.

En lo concerniente a que la inversión sea significativa, esto se mide a partir de la colocación de bienes, construcción de obras, contratación de personal cualificado, otorgamiento de prefinanciamiento y transferencia de *know-how*; entre otros. En general, se trata de inversiones en bienes, obras y fuerza laboral. En este punto se abre la discusión de si la inversión en cartera es, efectivamente, una inversión, a la par que la inversión

extranjera directa. En los tratados de libre comercio de última generación, como el recientemente ratificado entre el Perú y los Estados Unidos de América, ya se le considera a la inversión en cartera como una inversión. Un antecedente de análisis jurisprudencial de inversión y *know-how*, lo encontramos en el *Caso Mitchell contra Congo*, caso Ciadi del año 2006, en el que se indica que para que los servicios de un abogado sean considerados como una inversión, el abogado debería haber prestado servicios al Estado receptor de la inversión o contribuido a atraer inversiones, caso contrario, sus servicios no serían considerados como inversión.

El tema también está vinculado con el requisito de la contribución al desarrollo ya considerado en el *Caso Salini.* En cierto sentido, en el *Caso L.E.S.I. con Argelia* del 2006, tramitado en el Ciadi, se produce una exclusión del requisito de contribución al desarrollo económico establecido en el *Caso Salini*. Se entiende, entonces, que la contribución al desarrollo se puede confirmar esencialmente en proyectos de gran envergadura que suponen una inversión significativa en infraestructura o servicios públicos.

Finalmente, en el *Caso Ciadi Joy Mining contra Egipto*, de 2004, se incluyó un criterio adicional que se suma al Test de Salini y consiste en verificar que sea posible para el inversionista disponer en forma regular de las ganancias y utilidades de su inversión. Dada la creciente jurisprudencia arbitral producida en los últimos años en materia de inversiones, se colige que el *Caso Salini* constituye una guía importante para delimitar el concepto de inversión extranjera. Pero, será, finalmente, en el contexto de cada caso en particular, donde los árbitros tendrán que hacer el análisis respectivo, tomando en consideración las respectivas bases jurídicas y fácticas.

(Autor: Franz Kundmüller. Círculo Peruano de Arbitraje).

Referencias bibliográficas: Yala, Farouk. «The Notion of "Investment" in Icsid Case Law: a Drifting Jurisdictional Requirement?: Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly. *Journal of International Arbitration*, 2005, vol. 22, p. 105. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco (Icsid Case n.° ARB/00/4), Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malaysia (Icsid* Case n.° ARB/05/10). *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. vs. Arab Republic of Egypt (*Icsid Case n.° ARB/04/13), *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Islamic Republic of Pakistan* (Icsid Case n.° ARB/03/29), *Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt* (Icsid Case n.° ARB/05/19), *Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo (*Icsid Case n.° ARB/99/7), *Consortium Groupment L.E.S.I.–Dipenta vs. People's Democratic Republic of Algeria* (Icsid Case n.° ARB/03/8), *Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt* (Icsid Case n.° ARB/03/11). Consultar casos en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet.

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri). Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi).

Testigo

1. Concepto e introducción general

Testigo es la persona que tiene datos o noticias de hechos controvertidos que deben ser corroborados, relativos al objeto de un proceso. El examen de testigos es una prueba consistente en tomar declaración oral o escrita a las personas que saben y conocen algún hecho o circunstancia objeto de controversia entre las partes procesales y cuya veracidad se pretende averiguar. Cuando un testigo comparece en el proceso al cual ha sido llamado, debe facilitar sus datos al árbitro o tribunal arbitral y manifestar cuál es su interés en el objeto del proceso, así como la relación que le une a las partes procesales.

La designación de los testigos es a cargo de las partes y su posible limitación corresponde a los árbitros. Los diferentes testigos citados a declarar en un mismo proceso, no deben comunicarse entre sí, y deberán responder a las preguntas que se hayan declarado admisibles en orden a su contenido y validez. Evidentemente, ante la inadmisión de pruebas testificales o de preguntas, operará el régimen de recursos que establezca la ley aplicable.

La modalidad o figura del testigo-perito se da cuando el testigo citado a declarar dispone de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos controvertidos objeto del proceso, por lo que su declaración adquiere el valor de prueba testifical y pericial. Finalmente, hacer constar que también cabe la posibilidad de que el árbitro o árbitros acuerden la prueba del careo de testigos para corroborar la veracidad del contenido de sus testimonios o declaraciones.

2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado

En España y desde un punto de vista estrictamente procesal, la norma de referencia es la ley de enjuiciamiento civil, que establece los plazos para la proposición, citación, práctica y tacha de los testigos, por entender que concurren las causas tasadas en la ley (pariente consanguíneo, relación de dependencia, interés directo o indirecto, amigo/enemigo, condena por falso testimonio), y que impiden su práctica, todas ellas causas preexistentes o sobrevenidas con posterioridad a la declaración.

La prueba testifical es uno de los medios de prueba previstos en la legislación procesal aplicable junto con el resto de medios: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, peritos y reconocimiento judicial.

Siguiendo el criterio de la LEC, partimos de la base de que la prueba (sea cual sea la acordada) tiene por objeto acreditar los hechos que se tutelan en el objeto del proceso, en este caso, del proceso arbitral. Por ello, y como la propia ley indica, será innecesario probar hechos que no sean discutidos por las partes intervinientes en el proceso, ni que gocen de notoriedad absoluta y general. Las pruebas, evidentemente, se instarán de parte, sin perjuicio de que se acuerden de oficio. Serán inadmisibles aquéllas que no guarden relación con el objeto que se sustancia, que constituyan una actividad prohibida o que en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

En materia arbitral, la vigente Ley de Arbitraje no establece en esta materia criterios especiales, por lo que operan iguales criterios de admisión y práctica que se aplican en la ley procesal general. Parece importante apuntar que la diferencia entre ambas normativas internas (la procesal y la arbitral) es que la Ley de Arbitraje aplica un generoso margen de flexibilidad en la admisión y práctica de prueba (menos encorsetada que la ley procesal; de ahí también las diferencias entre un proceso judicial y uno arbitral), con la finalidad de evitar incumplimientos o anulaciones del laudo; criterio de máxima flexibilidad para las actuaciones arbitrales, que vendrán regidas igualmente por el principio de igualdad y contradicción de las partes.

Es importante señalar, igualmente, que el principio de libre disposición de las partes adquiere aquí una importancia destacada, puesto que aunque se contemple como una potestad de los árbitros, lo cierto es que la decisión sobre la admisibilidad, pertinencia, utilidad y valoración de las pruebas, también pueden llegar a depender de la voluntad de las partes. El señalamiento de audiencias para la práctica de las pruebas corresponde al árbitro. En la práctica, el criterio a seguir es el establecido en la ley procesal, pues nada regula la Ley de Arbitraje en este sentido.

La Ley Modelo Uncitral no establece un régimen de regulación específica para la prueba testifical; se limita a establecer la potestad del tribunal arbitral para la celebración de audiencias, con la finalidad de presentar y practicar pruebas o alegatos, o si las actuaciones se sustancian sobre la base de documentos y más pruebas (entre las que habremos de incluir, obviamente, la declaración de un testigo que pueda aportar datos sobre la controversia objeto del proceso). Evidentemente, la Ley Modelo impone el principio de igualdad y libre contradicción al prever de forma expresa el trámite de vista a la parte contraria, que en el caso que nos ocupa contemplaría la aceptación de la prueba testifical con la posibilidad de repreguntar o la tacha del testigo.

El Reglamento de la Cnudmi/Uncitral de 15 de diciembre de 1976, sigue las previsiones de la Ley Modelo, si bien en su art. 25 regula más detalladamente la prueba testifical (la Ley Modelo lo hace únicamente con la figura del testigo-perito) estableciendo que cuando las partes propongan algún testigo, estarán obligadas a proponerlo con la antelación establecida, nombre y dirección de los testigos que pretende presentar, así como el tema sobre el que testificarán y el idioma en el que lo harán. De igual forma prevé el Reglamento la posibilidad del apartamiento del testigo o testigos para evitar la comunicación entre éstos. Finalmente, se hace constar que el tribunal arbitral es libre para decidir la forma en que ha de interrogarse a un testigo y que éste pueda contestar por escrito.

Como ejemplo más doméstico o particular, señalar entre otros muchos, que el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje establece en su art. 31 el concepto de testigo, definiéndolo como persona que presta declaración sobre su conocimiento de cualquier cuestión de hecho, sea o no parte en el arbitraje. Respecto a la práctica de la testifical, sigue los modelos apuntados en la normativa internacional.

Y, finalmente, un breve apunte sobre la previsión por parte, tanto de la Ley Modelo como de todas las normativas vigentes redactadas a su amparo, del mecanismo de la asistencia judicial para la práctica de las pruebas. Se podrá solicitar la asistencia judicial para la práctica de pruebas al tribunal competente, ya sea para

celebrarlas ante el mismo, ya sea para que el tribunal asista y acuerde todas las medidas necesarias para que puedan celebrarse ante el árbitro o árbitros.

3. Comentarios y conclusiones

La prueba de testigos es importante, pero inferior en importancia a la documental y a la pericial, pues suelen ser testigos propuestos a «instancia de parte»; y, en consecuencia, a veces, pueden resultar parciales. La ley de arbitraje regula las actuaciones arbitrales, entre las que se incluyen, evidentemente, las decisiones relativas a la admisión y prácticas de pruebas. La ley, una vez más, parte del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros, el derecho de defensa y el principio de igualdad, valores fundamentales del arbitraje. Ya hemos apuntado que el procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución. La fase probatoria del arbitraje también está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros (con absoluto respeto a los derechos de defensa e igualdad), y por la máxima flexibilidad, si bien la ley arbitral actualmente vigente, sólo establece normas específicas sobre la prueba pericial, no sobre la testifical. Llama la atención que la ley de arbitraje española dedique un artículo específico a la prueba pericial, en comparación con la falta de regulación de los restantes medios de prueba, pero para ello habrá que remitirse al Derecho de referencia de la Ley Modelo.

(Autor: Pedro Yúfera. Abogado.
Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

Referencias normativas: Ley de Arbitraje n.º 60/2003. Ley Orgánica del Poder Judicial Española. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ley Modelo Cnudmi/Uncitral. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*. Tribunal Arbitral de Barcelona. Código Finra y Club Español del Arbitraje.

Referencias bibliográficas: Garberí Llobregat (dir.). «Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje». Madrid: Bosch. Merino Merchán y Chillón Medina. «Tratado de Derecho Arbitral». Madrid: Thomson Civitas. González Montes, José F. (coord.). «Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave». Madrid: La Ley. Campo Villegas. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». RJC 1998 (2).

Vocablos conexos*:* Acción de nulidad. Asistencia judicial. Buena fe. Careo de peritos. Flexibilidad. Igualdad de las partes. Indagación razonable. Indefensión. Ley aplicable al arbitraje. Mala fe. Notificación. Objeto. Procedimiento arbitral. Prueba. Prueba pericial. Secreto profesional. *Witness of fact. Witness statement.*

Testigo de hechos

Un *witness of fact* o *fact witness* (cuya traducción literal al español sería «testigo de hechos») es aquella persona que cuenta con conocimiento particular sobre los hechos o personas vinculados a la materia de discusión en un arbitraje y cuya declaración es ofrecida como prueba.

El término *witness of fact* tiene por propósito marcar la diferencia existente en el *common law* entre *witness of fact* y *expert witness.* Como se sabe, en los sistemas de tradición continental solemos diferenciar al testigo del perito. El último, en estricto, no suele ser considerado un testigo en nuestros sistemas. La diferencia no es sólo de lenguaje, sino de concepto. El testigo experto es tratado en el sistema anglosajón como, valga la redundancia, un testigo, al que se le toma juramento, interroga y trata bajo muchas de las reglas a las que quedan sujetos los testigos de hecho. Pero, a su vez, tienen algunas reglas diferentes, basadas, precisamente, en la distinta naturaleza de lo que es objeto de su declaración.

La distinción que se hace en el arbitraje, y muy especialmente en el arbitraje internacional, entre *witness of fact* y *expert witness*, es un claro indicador de la gran influencia que ha tenido el sistema procesal; y, en particular, el sistema probatorio, del *common law*. Y quizás en ninguna otra área la influencia es tan clara como en la actuación de la prueba de testigos. Así, la lógica esencial del *witness of fact* en el *common law* se ha trasladado con bastante fidelidad a la prueba testimonial, al extremo de que presenciar una audiencia de testigos en un arbitraje internacional se parece mucho a presenciar un juicio en una corte norteamericana. No sólo las reglas que regulan la declaración, sino incluso las técnicas de interrogación son definidas, principalmente, por la práctica del *common law* y, más concretamente, por la práctica en los Estados Unidos.

El *witness of fact* se caracteriza por declarar sobre hechos, a diferencia del *expert witness* que declara sobre un conocimiento técnico o científico que guarda relación con los hechos del caso. Así, si por ejemplo el caso sometido a arbitraje, se origina en un contrato de construcción en cuya ejecución se derrumbó un túnel, los ingenieros o trabajadores que estaban en la obra cuando ocurrieron los hechos serán *witness of fact*, mientras que el perito que se designe para estudiar y pronunciarse sobre las causas del derrumbe, desde el punto de vista técnico, será un *expert witness*. Sin perjuicio de ello, en base a sus estudios e investigaciones, podría declarar sobre los hechos de los que ha tomado conocimiento. Así, cualquier testigo (de hechos o experto) puede declarar sobre hechos, pero en el *common law* sólo el testigo experto puede emitir opiniones. En ese último caso, la regla del *common law* ha sido atemperada por la flexibilidad del arbitraje, que permite que en muchos casos las partes (o incluso los árbitros) pidan opiniones a los testigos de hecho.

La flexibilidad del arbitraje permite una gran diversidad de reglas para regular la actuación de la prueba testimonial. Todo dependerá de los reglamentos a los que se sometieron las partes, los acuerdos a los que hayan llegado y las reglas que establezca cada tribunal. En esa línea, la diversidad es la regla. Es importante, en este aspecto, considerar la gran influencia que han tenido las Reglas establecidas por la *International Bar Association* –IBA– (*Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), a nivel tal, que podríamos decir que es una de las fuentes más usadas en la actualidad.

A pesar de la gran flexibilidad y diversidad existente, la práctica ha ido perfilando algunos aspectos que suelen presentarse con frecuencia en los arbitrajes, en relación a la actuación de la prueba de testigos.

Siguiendo el esquema anglosajón, la parte que ofrece al testigo debe interrogarlo primero, en lo que se denomina *direct examination* (o interrogatorio directo). Así, se obtiene el *statement* o declaración del testigo. Luego, la otra parte puede interrogarlo en lo que se conoce como *cross examination* (o interrogatorio cruzado). A diferencia del *direct examination*, el *cross examination* suele ser un interrogatorio más agresivo e intenso.

Usualmente se permite, luego del *cross examination,* que la parte que ofreció el testigo, formule un segundo interrogatorio de repreguntas, al que se denomina *redirect examination*. No es inusual que el *redirect* sólo pueda versar sobre temas tratados en el *cross examination*, prohibiéndose la formulación de preguntas que salgan de esa esfera. Luego, la contraparte formula lo que se denomina el *recross examination*, que de manera similar al *redirect*, sólo puede tocar temas planteados en el *redirect.* Excepcionalmente, se admiten los llamados *re-redirect* y el *re-recross*. Pero, usualmente, los tribunales arbitrales son reticentes a admitir esta tercera ronda de preguntas.

En la práctica arbitral internacional común, el *direct examination* suele ser reemplazado por un *witness statement* escrito (ver definición de *witness statement*), es decir, una suerte de informe o declaración firmada y que es remitida al tribunal arbitral y a la contraparte, con anticipación a la realización de la audiencia en la que comparecerá el testigo. No necesariamente se redacta siguiendo un formato de preguntas y respuestas. A veces es un simple relato de lo que el testigo tiene que declarar.

No es inusual que las declaraciones de los testigos de ambas partes se crucen y se produzca un segundo *statement* de respuesta o complementario, en el que se contesta o aclara algunos puntos de lo señalado por los testigos de la contraparte.

Puede ocurrir (y no es inusual que sea así), que si la parte contraria, luego de haber recibido la declaración escrita, decide no hacer un *cross examination*, el testigo ni siquiera sea citado a declarar, y su participación como *witness of fact* se produce sin que ni las partes ni el tribunal lo hayan visto comparecer una sola vez durante el arbitraje.

Es nuestra opinión, hay una marcada tendencia en el arbitraje, y muy especialmente, en el arbitraje internacional, a moverse hacia un proceso más oral y el tratamiento que se da a la declaración de testigos, de hecho es quizás, la muestra más palpable de este proceso. Consideramos que ello es, además, saludable. La mayor inmediación y la posibilidad de presenciar interrogatorios o incluso formular preguntas por los árbitros, contribuye de manera sustancial a que los miembros del tribunal se formen una impresión más completa y detallada del caso y se acerquen a la verdad.

Ello conduce a que los abogados que litigan en arbitraje tengan que desarrollar habilidades adicionales a conocer la ley y analizar los documentos pertinentes. Se requiere entrenamiento en técnicas de interrogatorio y manejo de audiencias, a fin de aprovechar mejor la presencia cada vez más frecuente e intensa de los testigos.

(Autor: Alfredo Bullard. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Referencias bibliográficas: Bishop, Doak y Edward G. Kehoe (eds.). «The Art of Advocacy in International Arbitration». *Juris*, *International Bar Association* «Rules on the Taking if Evidence in International Arbitration» (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), 2.ª edición. Krieger, Stefan H. y Richard K. Neumann Jr. «Essential Lawyering Skills». Aspen Publishers, 2003, 2.ª edición. Strauss, Michael. «International Commercial Law: Cases, Materials and Notes on the Resolution on International Business Disputes», p. 871.

Vocablos conexos: Careo de peritos. Exhibición de hechos (*discovery*). Prueba. Testigo. *Witness statement*. Declaraciones escritas.

Traducción jurada (traducción oficial)

Cuando dos partes se encuentran enfrentadas en un procedimiento de arbitraje, ha de ser determinado el idioma del arbitraje; y, así, el idioma en el que debe redactarse el laudo. Algunos reglamentos de cortes internacionales permiten que los árbitros utilicen un determinado idioma, siempre que sus actuaciones se traduzcan simultáneamente a otro, así como que sean aportados documentos o realizadas algunas actuaciones en idioma diferente al del arbitraje. En los casos en los que varios idiomas pueden ser utilizados en un mismo procedimiento de arbitraje, sin requerimiento de traducción, ésta no se solicitará ni exigirá. En otro caso, la parte que aporta actuaciones o documentación en idioma extranjero, habrá de aportar su debida traducción oficial.

En ocasiones puede ocurrir que un laudo deba ser cumplido por la parte demandada en un país distinto de aquél en el que se dictó el laudo o en idioma extranjero al del país donde ha de ser cumplido, así como que la parte demandada no acate voluntariamente el mandato del laudo. En tales casos, la parte demandante tendrá que solicitar ante los tribunales del país de cumplimiento del laudo, su reconocimiento o su ejecución por la vía forzosa, asegurándose previamente la aplicabilidad de algún convenio de reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales (Convención de Nueva York de 1958, u otra, en caso de existir). En dicho caso, habrá de aportar, además de la copia auténtica del laudo y su debida legalización, la traducción oficial del laudo del que se pretende solicitar el reconocimiento o la ejecución, así como de todos y cada uno de los documentos que se le adjuntan que estén redactados en un idioma distinto al idioma del Estado donde se pretende solicitar dicho reconocimiento y ejecución.

Se considera, a tal efecto, traducción jurada u oficial, aquella traducción de un documento, con fe pública y carácter oficial, efectuada por un traductor oficial, debidamente nombrado y autorizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, o cualquier otro que tenga el mismo oficio en determinado Estado, tal un traductor jurado, un traductor oficial, o un agente diplomático o consular.

La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, dice en su art. iv.2: «si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular».

Del mismo modo, la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas de 21 de junio de 1985, en su art. 22.2 dice:

> El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Y el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, versión revisada de 2010 (en vigor a partir del 15 de agosto de 2010), en su art. 19.2 establece que:

> El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Otros textos se asemejan a dichas fórmulas de requisito de traducción jurada, de modo que las formalidades ante las circunstancias de aportación de documentación en idioma extranjero en relación al idioma del procedimiento arbitral o del Estado cuyo reconocimiento o ejecución de laudo se pretenda, son las de aportar la debida traducción oficial. Véanse para ello las Sentencias del Tribunal Supremo sobre exequátur, de 29 de septiembre de 1998, de 8 de febrero de 2000 y de 29 de febrero de 2000, entre otras, donde se

reconoce la aplicabilidad del Convenio de Nueva York de 1958, que para España presenta un carácter universal. La aportación, junto con la demanda, del original o copia autenticada –legalizada o apostillada–, de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada, también legalizada o apostillada, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia.

Otra cosa es la cuestión planteada sobre la posible necesidad de traducción de la legalización o Apostilla de los documentos originales o autenticados. Sobre ello nada dicen las sentencias de exequátur del Tribunal Supremo, aceptando *de facto* la Apostilla de La Haya sin su correspondiente traducción jurada.

Es un hecho que las apostillas emitidas dentro de la Unión Europea no requieren, *de facto*, de su correspondiente traducción jurada. En España, los jueces y tribunales admiten ésta sin su correspondiente traducción, siempre que haya sido emitida en francés, italiano, o portugués. Sin embargo, un juez o tribunal puede exigir la traducción jurada de los documentos de legalización, sea por medio de la Apostilla u otro tipo de legalización, por no estar obligado el juez a entender el idioma de origen, por lo que es más apropiado proceder a todo tipo de legalizaciones, en general, sean o no por medio de Apostilla.

En efecto, de conformidad con el art. 523 de la Ley n.° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para solicitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones arbitrales, ha de presentarse, con arreglo al convenio de Nueva York de 1958, una copia autenticada de la resolución y una certificación que expida el tribunal o autoridad competente en el que se hubiera dictado la resolución. Además, los documentos presentados en sede judicial deberán acompañarse de su traducción oficial cuando estén en un idioma extranjero, por lo que se puede entender exigida la traducción jurada, tanto del laudo arbitral y otros documentos adjuntos, como de sus correspondientes Apostilla y otras legalizaciones.

(Autora: María Eduviges Pontigo Drabs. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Abogada comunitaria. Barreau de Bruxelles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SANGUINO SÁNCHEZ. *El arbitraje internacional* (Inédito. Salamanca). MARTÍNEZ GARCÍA. *El arbitraje en el marco de la Ley n.° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.* Barcelona: Tirant lo Blanch, 2002.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Exequátur.

TRANSFERENCIA DE INFORMACIÓN ENTRE ABOGADOS Y ÁRBITROS

En arbitraje internacional, se deben tener en cuenta reglas procesales y deontológicas para determinar si cualquier comunicación y transferencia de información (oral o escrita) entre un representante de parte (abogado de profesión o no) y un árbitro (abogado de profesión o no) es propia o impropia. La transmisión de información entre abogados y árbitros debe hacerse respetando:

- Por un lado, la independencia e imparcialidad de todos los miembros de un tribunal arbitral (y también del secretario del tribunal o de la secretaría del organismo que administre el arbitraje si la comunicación tiene lugar a través de ellos);

- Por otro lado, los principios fundamentales del procedimiento arbitral que aseguran la garantía de debido proceso: el principio dispositivo, el principio de la verdad procesal, el principio de la libre contradicción, el principio de la igualdad de los derechos de las partes y el principio de inmediación.

Las comunicaciones mantenidas quebrantando estos principios pueden:

a) Afectar la validez de un laudo arbitral o su reconocimiento/ejecución (p. ej., Sentencia de la Corte de Ámsterdam, Holanda, 27 de agosto de 2002; Sentencia de la Corte Superior de Hamburgo, Alemania, 3 abril de 1975);
b) Justificar la recusación del miembro del tribunal arbitral implicado (p. ej., Decisión de la Corte LCIA sobre recusación de un árbitro, Caso n.° 0252, 1 de julio de 2002);
c) Justificar la participación de la parte implicada en la comunicación en el pago de los gastos y costas incurridos por la otra parte (p. ej., *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ la República de Chile*, paras. 36-37 y 729-730);
d) Comprometer la responsabilidad civil del árbitro por incumplir sus deberes para con las partes y de la parte implicada en la comunicación por violar el acuerdo arbitral;

e) Acarrear la imposición de sanciones por parte del órgano disciplinario encargado de fiscalizar el ejercicio de la profesión de abogado en el caso de que alguno de los implicados en la conducta impropia, lo sea (p. ej., arts. 11(1)(g) y 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española).

1. El marco normativo aplicable

Históricamente, en la práctica arbitral comercial de algunos países, los árbitros nombrados por las partes se presumían parciales; y, en consecuencia, se permitía la comunicación unilateral (*ex parte*) entre las partes y «sus» respectivos árbitros, antes, durante y después de la constitución del tribunal arbitral (véase, p. ej., en EEUU, *Stef Shipping Corp. vs. Norris Grain Co.*, 209 F.Supp. 249 (S.D.N.Y. 1962); *Astoria Med. Group vs. Health Ins. Plan*, 182 N.E.2d 85, 87 (N.Y.1962). Aunque no sea frecuente, aún hoy puede ocurrir que los árbitros nombrados por las partes sean parciales si así lo acuerdan las mismas (véase, p. ej., la Regla 18(b) de las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA, que permite el nombramiento de árbitros parciales).

Parece, sin embargo, acertada la posición defendida en un gran número de países según la cual la obligación de independencia e imparcialidad de todos los miembros de un tribunal arbitral internacional, constituye una garantía de justicia natural; y, por consiguiente, una norma imperativa de la *lex arbitri*; en algunos países es, incluso, considerada norma de orden público procesal internacional (*cfr*. la nota de jurisprudencia de la Corte Arbitral Suprema, Rusia, 1 de abril de 2013 y la Sentencia del Tribunal Federal 4A-530/2011, Suiza, 3 de octubre de 2011; véase también «Imparcialidad del árbitro», «Independencia del árbitro» y «Neutralidad del árbitro»).

En aras de dar contenido a estas garantías, algunas leyes y reglamentos de arbitraje prohíben, expresamente, los contactos de una parte con el tribunal ya constituido en ausencia de la otra parte, por lo menos, con relación a cuestiones de fondo del proceso (véase, p. ej., art. 13 del Reglamento LCIA; art. 8 del Reglamento SCC; arts. 10(6) y 16(6) del Reglamento SIAC; art. 7(2) del Reglamento ICDR; Reglas 18 y 19(a) de las Reglas de Arbitraje Comercial AAA; arts. 21 y 45 del Reglamento de la OMPI). En otros textos, la prohibición es solamente implícita al imponerse la independencia e imparcialidad de todos los miembros del tribunal durante el transcurso de su mandato; en cualquier caso, la prohibición persiste, por lo menos, mientras el tribunal conserve sus poderes jurisdiccionales (*L.W. Infrastructure Pte Ltd. vs. Lim Chin San Contractors Pte Ltd. y otro*, Corte Suprema de Singapur, Corte de Apelaciones, 18 de octubre de 2012).

Por otro lado, la mayoría de leyes y reglamentos de arbitraje se refieren de forma expresa a la obligación de que todos los documentos e información proporcionada por una de las partes al tribunal arbitral se comuniquen a las otras partes (art. 24(3) de la Ley Modelo de la Cnudmi; art. 3(1) del Reglamento de la CCI; art. 17(4) del Reglamento de la Cnudmi; art. 15(4) del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional; ver también *Redcliff Estates Ltd. vs. Enberg,* High Court de Christchurch, Nueva Zelanda, 22 de julio de 1999). El tribunal arbitral se preocupará de dar instrucciones relativas a la transmisión de información entre las partes y los árbitros (art. 3 del Reglamento CCI; art. 2 del Reglamento de la Cnudmi; art. 3 de la Ley Modelo de la Cnudmi; art. 5 de la Ley Española de Arbitraje); normalmente, en la primera orden procesal que emita. Se suele incluir una lista con las direcciones postales, correos electrónicos, instrucciones relativas al número de copias de documentos a proporcionar e indicaciones sobre las vías de comunicación a utilizar. El correo electrónico, por ejemplo, es de gran utilidad, pero deben extremarse los recaudos para cerciorarse de que la información enviada es recibida por el tribunal y por la otra parte, sobre todo cuando se adjunta material clave del caso.

A nivel deontológico comparado, el alcance de la prohibición de comunicaciones *ex parte* no es idéntico en las normas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado. El art. 11(1)(g) y (2) del Código Deontológico de la Abogacía Española, prohíbe únicamente que el abogado «entreg[ue] pruebas, notas u otros documentos a un [árbitro] en forma diferente a lo establecido en las normas procesales aplicables», y ello por respeto al carácter contradictorio del arbitraje. Además, hasta su revisión del 2006, el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea iba bastante más lejos en la regulación de la transferencia de información oral o escrita entre abogados y árbitros. El art. 4(2) disponía que un abogado no puede ponerse en contacto con un árbitro en relación con un asunto sin informar previamente al abogado de la otra parte. No se hacía distinción alguna entre transferencia oral o escrita de información. Por otro lado, contrariamente al Código Deontológico de la Abogacía Española, en el marco europeo no se prohibía la entrega de pruebas, notas u otros documentos en forma diferente a la prevista en las normas procesales aplicables, sino que se excluía que se hiciese sin comunicar en tiempo útil los documentos mencionados al abogado de la parte contraria (arts. 4(2) y 4(5) del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea). El actual art. 4(2) prevé que un abogado debe «en toda circunstancia respetar las normas de conducta a lo largo del proceso», sin más.

En la actualidad, las buenas prácticas en materia de arbitraje internacional parecen reconocer que, como regla general, «un Representante de Parte no debe entablar comunicaciones *ex parte* con los árbitros relativas al arbitraje» (Directriz n.° 7 de las Directrices de la IBA sobre los Representantes de las Partes en Arbitraje Internacional de 2013 («Dibarpai»)). Del mismo modo, en lo que respecta al tribunal se establece lo siguiente: «Durante el procedimiento arbitral, el árbitro debe evitar cualquier comunicación unilateral sobre el caso con cualquiera de las partes o sus representantes. Si se produce tal comunicación, el árbitro deberá informar a las demás partes y árbitros sobre su contenido». (Regla 5(3) de las Reglas Éticas para los Árbitros Internacionales de la IBA). Por su parte, el Código de Conducta Profesional y Ética del *Chartered Institute of Arbitrators* prevé en términos amplios que «un miembro comunicará con los implicados en el proceso de resolución de la controversia sólo en la forma adecuada al proceso».

Se defiende la aplicación analógica de esta prohibición a las comunicaciones entabladas entre los representantes de las partes y el secretario del tribunal arbitral cuando lo haya, puesto que, por lo general, se exige del secretario el mismo deber de independencia e imparcialidad que de los árbitros en el ejercicio de sus funciones (véase, p. ej., el apartado 1 de la Nota revisada de la CCI sobre el Nombramiento, los Deberes y la Remuneración de los Secretarios Administrativos). La postura adoptada por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en el borrador de Directrices de conducta profesional para los abogados prohíbe también los contactos unilaterales con los miembros de la Corte LCIA que ejerzan alguna función con relación al arbitraje (párrafo 6: «Durante las actuaciones arbitrales, un representante legal no debería iniciar deliberadamente o tratar de iniciar contacto unilateral alguno relativo al arbitraje o al litigio entre las partes, con los miembros del tribunal arbitral o con los miembros de la Corte LCIA (que tomen alguna decisión o determinación en el arbitraje), no comunicado por escrito, con anterioridad o inmediatamente después de que tenga lugar el mencionado contacto, a la otra parte, a todos los miembros del tribunal arbitral (si está formado por más de un árbitro) y (cuando corresponda) al Secretariado de la LCIA».

2. La transferencia de información y sus límites en el transcurso del procedimiento

En la fase inicial de un arbitraje, las partes se comunican *ex parte* con uno o varios de los posibles coárbitros o árbitros únicos, con el propósito de comprobar sus cualificaciones y disponibilidad. Como reconocen las Dibarpai, las comunicaciones *ex parte* entre una parte en el arbitraje y el candidato a ser nombrado árbitro son inevitables:

> Un Representante de Parte puede comunicarse con el candidato a ser nombrado árbitro de parte para determinar su experiencia, conocimientos, aptitud, disponibilidad, disposición y la existencia de posibles conflictos de interés. (Directriz n.° 8(a) de las Dibarpai).

En ocasiones, las partes procuran obtener más información antes de nombrar al árbitro. Pueden, por ejemplo, tratar de averiguar la opinión del candidato a árbitro sobre las cuestiones jurídicas relevantes para el asunto en cuestión, conocer su reacción a la descripción del caso o saber si en el pasado participó en la resolución de un caso similar. Al cruzar la línea que separa una conversación con el candidato sobre sus antecedentes, cualificaciones y puntos de vista generales de una conversación sobre el fondo del asunto y sobre decisiones que emitió en el pasado, la independencia e imparcialidad del árbitro se ponen en peligro. Por esta razón, existen casos en los que los órganos competentes de una institución arbitral se han negado a confirmar el nombramiento de un árbitro de parte basándose en el contenido de la discusión que mantuvo con el representante de parte antes del comienzo de su mandato (WHITESELL. «The ICC Court Practice Concerning Challenges of Arbitrators». *Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, n.° 690, Caso n.° 5, 24).

También pueden mantenerse comunicaciones *ex parte* con un árbitro, normalmente después de haber sido nombrado miembro del tribunal, en conexión con la selección del presidente (Directriz n.° 8(b) de las Dibarpai): «Un representante de parte puede comunicar con un candidato a árbitro de parte o con el árbitro de parte ya nombrado con el fin de seleccionar al árbitro presidente»). Las comunicaciones *ex parte* con los árbitros o candidatos a servir como tal, están hoy universalmente aceptadas si persiguen los fines concretos mencionados. Sin embargo, no es clara la admisibilidad de las comunicaciones *ex parte* sobre el nombramiento de uno o varios miembros del tribunal arbitral entre un representante de parte y una institución arbitral, en el supuesto de que esta decisión se encuentre en manos de la institución (y no de los coárbitros).

Asimismo, se aceptan las comunicaciones *ex parte* con el tribunal arbitral en las situaciones procesales específicas que la ley de la sede del arbitraje o el reglamento arbitral aplicable permitan. Un ejemplo típico es la solicitud de medidas cautelares *ex parte* (Comentario a las Directrices n.^{os} 7 y 8 de las Dibarpai: «Las

solicitudes dirigidas al tribunal arbitral sin la presencia o conocimiento de la(s) parte(s) contraria(s) puede permitirse en ciertas circunstancias, si las partes así lo acordaron o siempre que la ley aplicable lo permita. Tal puede ser el caso, en particular, de las medidas cautelares»).

En un supuesto de rebeldía procesal también se admiten las comunicaciones *ex parte*, ya que, por definición, existirán múltiples comunicaciones unilaterales entre los miembros del tribunal y los representantes de la parte presente en el proceso, aun estando ausentes los representantes de la otra (Comentario a las Directrices n.os 7 y 8 de las Dibarpai: «Un representante de parte puede comunicarse con el tribunal arbitral si la otra parte o partes no participan en el procedimiento o en la audiencia y no son representadas»). Esto no significa que no se deba dejar constancia de la existencia de comunicaciones y de su contenido ni que la parte rebelde no deba ser informada de ello durante todo el transcurso del procedimiento arbitral.

Por otro lado, no toda comunicación entre representantes de las partes y árbitros es impropia, pese a que no se lleve a cabo formalmente dentro del ámbito del proceso, por escrito y con el conocimiento continuado de todas las partes en el arbitraje. En un caso, una parte planteó la recusación de un árbitro por mantener una conversación en público con los representantes de la parte demandada en el arbitraje, al coincidir en una conferencia semanas antes de la celebración de la audiencia. La demandante se quejó de que esta conversación no le fue comunicada. El árbitro confirmó que la conversación se mantuvo aunque fue limitada y no se abordaron cuestiones de fondo. La recusación fue desestimada por el organismo arbitral competente (Whitesell. «The ICC Court Practice Concerning Challenges of Arbitrators». *Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, n.° 690, Caso n.° 1, 30-31). Por consiguiente, podemos destacar que la prohibición de comunicaciones *ex parte* no es sinónimo de aislamiento de los árbitros (o *sequestration*, fórmula utilizada en algunos países anglosajones en los que se impide todo contacto extraprocesal que pueda afectar la decisión de un juez/jurado) durante el ejercicio del mandato arbitral.

Se suele reconocer también que las partes pueden conceder al árbitro el derecho de comunicarse unilateralmente con una parte sobre asuntos administrativos de menor importancia y en situaciones de extrema necesidad. Efectivamente, es frecuente en la práctica arbitral internacional admitir excepciones *de minimis* a la prohibición de comunicaciones *ex parte* para cuestiones de tipo logístico. Sin embargo, no siempre es clara la distinción entre una cuestión logística y una cuestión de fondo del proceso, y no es difícil ver cómo una comunicación informal sobre cuestiones logísticas (p. ej., la fecha prevista para la emisión de un laudo) puede convertirse en conducta impropia. En un caso, aproximadamente, un mes después de la celebración de la audiencia, el abogado de la demandante llamó por teléfono al coárbitro que había nombrado para obtener información sobre la emisión del laudo. Aprovechó para interesarse sobre su contenido. El coárbitro le informó, no solamente que el laudo había sido emitido, sino también que éste era parcialmente favorable a la demandante (Decisión de la Corte LCIA sobre recusación de un árbitro, Caso n.° 0252, 1 de julio de 2002).

Este tipo de comunicaciones *ex parte* (negligentes o dolosas) anteriores a la emisión de un(a) decisión/laudo es particularmente grave, especialmente si se revela la posición de cada miembro del tribunal sobre la controversia. En *Northwestern National Ins. Co. vs. Insco, Ltd.* (n.° 11 Civ. 1124, 2011 WL 4552997, S.D.N.Y., 3 de octubre de 2011), el árbitro designado por la parte demandada reveló más de un centenar de correos electrónicos que recogían deliberaciones del tribunal arbitral y se comunicó con ella en el curso del procedimiento. También en *Pey Casado c/ Chile*, el árbitro informó a la parte que lo había designado, del borrador de decisión sobre competencia propuesto por el presidente a los árbitros, «contraviniendo así la obligación incuestionable de respetar el carácter confidencial de los documentos de trabajo del tribunal y el secreto de las deliberaciones» (*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ la República de Chile*, para. 36).

Además de quebrantar el secreto de las deliberaciones (*secret du délibéré*), la transmisión de este tipo de información coloca a las partes en posición de desigualdad. Es obvio que, por un lado, la parte que tiene acceso al contenido de la futura decisión se encuentra aventajada en una posible negociación extraarbitral. Por otro lado, la parte que sabe que va a perder puede adoptar medidas para impedir que se emita el laudo (p. ej, recusar a un árbitro durante el período de deliberaciones como ocurrió en el caso *J&P Avax S.A vs. Tecnimont Spa*, Sentencia de la Corte de Apelación de París, Francia, 12 febrero de 2009; Sentencia de la Corte de Casación, Francia, 4 de noviembre de 2010; Sentencia de la Corte de Apelación de Reims, Francia, 2 de noviembre de 2011) o deshacerse de sus activos para frustrar la ejecución del futuro laudo. Parece, por consiguiente, acertada la solución encontrada por el tribunal en *Pey Casado c/ Chile* para corregir el problema planteado por la transmisión inadmisible de información: el tribunal nuevamente constituido decidió «comunicar oficialmente dicho proyecto a título de documento de trabajo, con el fin de preservar los principios superiores de igualdad de las partes y de contradicción» (para. 43).

En la medida en que el marco jurídico aplicable lo permita, este tipo de transferencias de información debería dar lugar a responsabilidad civil de los involucrados. En este sentido, podemos mencionar también que el párrafo 7 del borrador de Directrices de conducta profesional para los abogados de la LCIA, de conformidad con los arts. 18(5) y 18(6) del Reglamento de arbitraje, permite al tribunal arbitral imponer sanciones a los abogados que incumplan las directrices consistentes en: una advertencia o amonestación por escrito, su remisión al organismo regulador de la profesión de abogado o «cualquier otra medida necesaria» acorde con las obligaciones del tribunal. Es la primera vez que una institución internacional faculta a los miembros del tribunal arbitral a sancionar las violaciones de reglas de ética profesional.

Finalmente, debemos destacar que la parte que denuncia la comunicación *ex parte* inadecuada debe probarla. En *Saipem c/ Bangladesh*, Bangladesh recusó al árbitro designado por Saipem con base a la existencia de comunicaciones *ex parte* entre el árbitro en cuestión y Saipem. Se desestimó la recusación porque no quedó probada la existencia de tales comunicaciones o que se hubiese afectado la independencia e imparcialidad del árbitro (*Saipem c/ Bangladesh,* Decisión sobre la propuesta de recusación, 11 de octubre de 2005, no publicada). Sin embargo, nos parece insostenible defender que sea necesario probar la existencia de un perjuicio concreto para que la comunicación *ex parte* sea jurídicamente inadmisible (p. ej., *Konkar Maritime Enterprises, S.A. vs. Compagnie Belge d'Affrètement*, 668 F.Supp. 267 (S.D.N.Y. 1987). Fue acertada, por lo tanto, la decisión que consideró inadecuada la celebración de una reunión entre el árbitro único y una sola de las partes, aunque se hubiese proporcionado una transcripción escrita del encuentro a la otra parte y a pesar de que el árbitro subrayase durante la reunión que no se trataba de una audiencia formal (Decisión de la Corte LCIA sobre recusación de un árbitro, Caso n.° 0256, 13 de febrero de 2002; véase también *Neil Harvey & Associates (Pty) Ltd. Medscheme Holdings (Pty) Ltd & otros*, Corte Suprema de Apelación, Sudáfrica, Caso n.° 621/10, 26 de mayo de 2011). En este sentido, también se declaró inadmisible que un árbitro aceptara discutir temas de fondo de un caso en una reunión a puerta cerrada con el abogado de una de las partes, independientemente de que se hubiese probado la existencia de un perjuicio concreto (Decisión de la Corte LCIA sobre recusación de un árbitro, Caso n.° 0252, 1 de julio de 2002).

(Autor: David Guerra Bonifacio. LALIVE. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*:* BERGER, Bernhard. «Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations». *ASA Bulletin*. Londres: Kluwer Law International, 2013, vol. 31, issue n.° 2, pp. 244-261. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1391-1394, 1523, 1804-1805, 1865-1868, 2016-2019. DAELE, Karel (ed.). «Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration». *International Arbitration Law Library*. Londres: Kluwer Law International, 2012, vol. 24, paras. 7.103-7.105, 7.118. ELOFSSON, Niklas. «Ex Parte Interviews of Party-Appointed Arbitrator Candidates: A Study Based on the Views of Counsel and Arbitrators in Sweden and the United States». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2013, vol. 30, issue n.° 4, pp. 381-405. NICHOLAS, Geoff y Constantine PARTASIDES. «LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish». *Arbitration International*, 2007, vol. 23, no. 1, pp. 1-41. POUDRET, Jean-François et Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Thomson Sweet & Maxwell, 2007, paras. 394, 549, 734a. REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY and Costantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, paras. 4.69-4.71, 4.73, 4.180. WAINCYMER, Jeff. «Procedure and Evidence in International Arbitration». Londres: Kluwer Law International, 2012, pp. 253-254. WHITESELL, Anne Marie. «The ICC Court Practice Concerning Challenges of Arbitrators». *Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, n.° 690, p. 7.

VOCABLOS CONEXOS: Árbitro. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación del árbitro. Responsabilidad de los árbitros.

TRANSNACIONALIZACIÓN DE LA NORMA APLICABLE

La transnacionalización de la norma aplicable es el proceso por el cual los árbitros, a la hora de conformar su razonamiento jurídico y su decisión en el marco de un procedimiento arbitral internacional, se sirven no sólo de las disposiciones relevantes de la norma aplicable sino también del Derecho transnacional.

La transnacionalización de la norma aplicable es una realidad innegable en el contexto de procedimientos arbitrales internacionales (como, claramente, se revela de la lectura de laudos arbitrales) si bien, es importante subrayar que este proceso; y, con carácter general, la aplicación del Derecho transnacional es controvertida y genera muy diversas dudas desde el punto de vista dogmático y práctico.

El origen del término está vinculado al creciente proceso de globalización que se desarrolla a partir de la Segunda Guerra Mundial y, muy marcadamente, desde la caída del muro de Berlín. Los profundos cambios que, a resultas de la globalización, se han ido produciendo en la forma en que vivimos y nos relacionamos,

han conllevado la búsqueda y adopción de nuevas perspectivas (en economía, cultura, sociología, etc.), distintas a las tradicionales, a fin de afrontar las nuevas realidades. Obviamente, el derecho no es ajeno a esta realidad y se han venido desarrollando nuevas doctrinas, sistemas, códigos de conducta, relaciones de principios que parecen trascender del Derecho local e incluso del Derecho internacional, y que procuran dotar de una respuesta simple y uniforme a las nuevas realidades jurídicas y apuntalar postulados de justicia (derechos humanos), competitividad y seguridad jurídica.

En el año 1956 el Juez Philip Jessup se refirió al término Derecho transnacional, en una serie de ponencias en la *Yale Law School*. Philip Jessup entendía que el Derecho transnacional incluía «…*all law which regulates actions or events that trascend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*».

Desde entonces se han sucedido las más diversas opiniones a la hora de tratar de definir el concepto de Derecho transnacional. De entrada se discute si el Derecho transnacional es un conjunto de normas que resultan de aplicación más allá de las fronteras nacionales (*substantive approach*) o, si por el contrario, es un ejercicio, un procedimiento, de coordinación, armonización o vinculación de normas diversas (*procedural approach*). De otro lado, hay quienes lo consideran un híbrido resultante del Derecho local y el Derecho internacional, hasta quienes entienden que el Derecho transnacional es algo distinto de la suma del Derecho nacional y el internacional porque sus verdaderos creadores son los protagonistas de las nuevas relaciones en un mundo global.

Sin perjuicio de la falta de criterio uniforme a la hora de definir el Derecho transnacional, se considera que el Derecho transnacional está presente en una variedad de ámbitos como los derechos humanos, el Derecho de sociedades, el Derecho constitucional y el Derecho administrativo; pero, sin duda, el desarrollo más relevante en materia de Derecho transnacional y, desde luego, el más importante a los efectos del arbitraje internacional, se encuentra en el Derecho comercial internacional. En este ámbito, el del Derecho comercial internacional, se ha venido empleando el concepto de *lex mercatoria* (o nueva *lex mercatoria*) como parte del Derecho transnacional, si bien hay autores que utilizan ambos términos (Derecho transnacional y *lex mercatoria*), indistintamente, para significar lo mismo.

Tampoco hay consenso sobre la conceptuación y determinación de los contornos de la *lex mercatoria*. Algún autor defiende una visión restringida de la *lex mercatoria* cuyos dos principales pilares serían los principios generales del Derecho y los usos del comercio internacional y que no incluiría normas o *softlaw* codificados, mientras que otros autores defienden que la *lex mercatoria* puede ser contractual, no contractual, resultar de los usos y costumbres, de principios generales y normas o *softlaw* codificados. En lo que sí parece haber consenso, es en que, pese a que ha habido intentos de enumerar las reglas que componen la *lex mercatoria*, no es posible dar una lista exhaustiva de las reglas que integrarían la *lex mercatoria*.

El desarrollo de la nueva *lex mercatoria* y del Derecho transnacional son, en cierta medida, paralelos al desarrollo del arbitraje internacional. Si mediante el desarrollo del arbitraje internacional se persigue la consecución de foros de resolución de disputas que puedan atender mejor a las nuevas realidades del comercio internacional evitando los inconvenientes que puede significar controversias internacionales y extremadamente complejas en foros locales, el Derecho transnacional persigue, por su parte, ofrecer la posibilidad de que estas disputas del comercio internacional sean resueltas en atención a ese conjunto de reglas y principios comunes y uniformes al comercio internacional.

Lo cierto es, sin embargo, que las dudas a la hora de conceptuar y delimitar el Derecho transnacional (y, dentro de él, la *lex mercatoria*) generan cierta inseguridad lo que unido al hecho de que los árbitros no estén obligados a seguir la doctrina sentada en casos anteriores ha propiciado, en gran medida, que la elección del Derecho transnacional como la ley aplicable para la resolución de disputas sea testimonial.

De acuerdo con el informe estadístico de 2010 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el 99% de los casos, las partes habían elegido la ley de un Estado como ley aplicable al fondo del asunto. Sólo en siete casos se eligió la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en dos casos las Reglas Incoterms de la CCI y en un caso la conciliación.

Las cifras que resultan del informe estadístico del 2011 son similares. En un 98% de los casos, las partes habían elegido la ley de un Estado. En el restante 2% las partes habían elegido Derecho o principios anacionales (en cinco casos se había elegido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en cuatro casos, las Reglas Incoterms de la CCI, en dos casos los Principios

Unidroit y en el resto de casos había referencias aisladas a la conciliación, Derecho comunitario, Derecho internacional privado, la *lex mercatoria* y usos internacionales en materia de distribución).

Según el informe estadístico del 2012, se eligió Derecho o principios anacionales en un 3% de los casos (en once casos se había elegido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en cuatro casos, el Derecho comunitario, en tres casos, los Principios Unidroit, en tres casos, la conciliación o equidad y en un caso a las leyes del Dubai International Financial Centre).

No obstante el hecho de que la elección del Derecho transnacional como la ley aplicable para la resolución de disputas sea testimonial, ello no ha sido óbice para que los árbitros se hayan servido del Derecho transnacional a la hora de conformar sus decisiones, aun cuando las partes no lo hayan acordado. En este sentido, no es inhabitual que los árbitros recurran al Derecho transnacional, cuando las partes no han elegido la ley aplicable al fondo del asunto. Esto sucede, especialmente, cuando la determinación de la ley aplicable no resulta sencilla. También, y a los efectos que aquí interesan, el recurso al Derecho transnacional es una realidad, incluso, cuando las partes sí han elegido una ley nacional. En estos casos es cuando entra en juego el mecanismo de la transnacionalización de la norma aplicable.

El empleo de este mecanismo no es controvertido cuando el mismo se utiliza para reforzar las conclusiones que resultan de las previsiones relevantes de la ley aplicable. Con ello, los árbitros pretenden consolidar y reforzar la validez, la razonabilidad y, si se quiere, la justicia de las conclusiones alcanzadas en el laudo.

Sin embargo, su utilización es extraordinariamente conflictiva y muy contestada cuando sirve para corregir lo que resultaría de la ley aplicable.

Las posiciones más críticas sostienen que la transnacionalización de la norma aplicable es un mecanismo inventado por árbitros internacionales (inicialmente, en el ámbito de arbitrajes relativos a petróleo), a fin de asegurar las inversiones de las multinacionales en los países en vías de desarrollo. A este respecto, se dice que con este mecanismo se pretende dotar de legitimación jurídica lo que son intereses económicos, y que este mecanismo es un pretexto (más o menos elaborado) para esquivar la estricta aplicación de la ley elegida por las partes.

Desde una perspectiva más jurídica, diversos juristas entienden que la transnacionalización de la norma aplicable puede suponer una quiebra del esencial principio de la autonomía de la voluntad y, a la postre, conllevar una frustración de las legítimas expectativas de las partes.

Los defensores de la aplicación de este mecanismo creen que existen varias razones que justifican su utilización. En primer lugar se sostiene que el acuerdo de las partes de resolver sus controversias a través del arbitraje internacional implica *per se* la aplicación del Derecho transnacional, aunque las partes hayan sometido el fondo a una concreta ley estatal. En segundo lugar, y desde un punto de vista puramente pragmático, se alega que los árbitros –en muchos casos– desconocen las normas elegidas por las partes y prefieren apoyarse más en el contrato que rige la relación entre las partes y asistirse de principios generales del Derecho y usos, conceptos jurídicos familiares, antes que atender a las particularidades del Derecho local aplicable. Abunda, además, el hecho de que, normalmente, los tribunales arbitrales están compuestos por juristas de culturas jurídicas diversas. Finalmente, habida cuenta de que el control que pueden ejercer los tribunales ordinarios sobre la labor arbitral es muy limitado, los árbitros no se sienten tan atados a la hora de aplicar el Derecho sustantivo elegido por las partes.

En definitiva, la transnacionalización de la norma aplicable es una realidad en el marco del arbitraje internacional, pero es una realidad no exenta de controversia, especialmente, cuando su utilización, más que para reforzar las conclusiones que resultan de la norma aplicable, persigue esquivar lo que resultaría de la ley aplicable.

(Autor: Jaime L. Iglesias Gallardo. Socio de J&A Garrigues, S.L.P.).

Referencias bibliográficas: Berger, K.P. «Re-examining the Arbitration Agreement: applicable Law-consensus or confusion?». *VV.AA*. Van den Berg, Albert Jan (dir.). *International Arbitration*, 2006: «Back to Basics?», *ICCA Congress Series*, 2007, n.° 13, pp. 301-334. Bernardini, P. «International Arbitration and A-national Rules of Law». *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2004, vol. 15, n.° 2 (consultado en la versión electrónica). Cotterrell, R. «What is transnational Law?». Londres: Queen Mary School of Law Legal Studies, Research Paper n.° 103/2012, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088 (último acceso, 8 de junio de 2013). De Castro y Bravo, F. «El arbitraje y la nueva "Lex mercatoria"». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, n.º 4, 1979, pp. 621-725. Graham, J.A. «La transnacionalización del arbitraje». Disponible en www.codexnews.com/codex/contents.../

codex-transnacionalizacion.doc (último acceso, 8 de junio de 2013). Hongju Koh, H. «Why Transnational Law Matters». *Penn State International Law Review*, 2006, vol. 24, n.° 4, pp. 745-753. Kaufmann-Kohler, G. «The governing Law: fact or Law?-A transnational rule on establishing its contents». *VV.AA*. Wirth, Markus (dir.). «Best Practices in International Arbitration». *ASA Special Series*, 2006, n.° 26, pp. 79-85. Kaufmann-Kohler, G. «The transnationalization of National Contract Law by the International Arbitrator», publicado en http://www.arbitration-icca.org (último acceso, 8 junio 2013). Lalive, P. «The Unidroit Principles as Lex Contractus, with or without an *explicito r tacit* Choice of Law: an arbitrator's perspective». En *VV.AA*. ICC/Unidroit. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: reflections on their use in International Arbitration*, 2002, también publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement*, 2002, pp. 77-83. Maniruzzaman, A.F.M. «The *lex mercatoria* and International Contracts: a Challenger for International Commercial Arbitration?». *American University International Law Review*, 1999, vol. 14, n.° 3, 1999, pp. 657-734. Zumbansen, P. «Transnational Law, Evolving». Osgoode CLPE Research Paper n.° 27/2011, vol. 7, n.° 7, pp. 1-25.

Vocablos conexos: *Lex mercatoria. Soft law.* Doctrina del Centro de Gravedad.

Tratado de la Carta de la Energía

El Tratado de la Carta de la Energía (en inglés, *Energy Charter Treaty* o ECT) es un convenio internacional cuyo objeto es el establecimiento de un marco multilateral para el comercio, tránsito e inversión en el sector de la energía. Concebido tras la terminación de la Guerra Fría, pretende integrar los mercados energéticos de la antigua Unión Soviética y de Europa del Este, con los de Europa Occidental, garantizando así la interconexión de los diferentes mercados, la libre circulación de la energía y la inversión extranjera en el sector energético.

El origen del Tratado se encuentra en la Carta Europea de la Energía, suscrita en 1991 en La Haya, y que sentó las bases para la negociación de un tratado internacional de carácter vinculante. El Tratado de la Carta de la Energía se firmó finalmente en Lisboa, el 17 de diciembre de 1994, junto con un Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados. El Tratado entró finalmente en vigor en 1998.

El contenido del Tratado se desarrolla, esencialmente, en los siguientes ámbitos:

- La protección de la inversión extranjera, mediante el establecimiento de estándares de tratamiento y protección que debe garantizar el Estado receptor de la inversión.

- El establecimiento de condiciones no discriminatorias relativas al comercio de materiales y productos energéticos y equipos relacionados, sobre la base de las reglas de la Organización Mundial del Comercio, así como normas para asegurar el tránsito de la energía a través de redes eléctricas, oleoductos y gaseoductos y otros medios de transporte.

- Un sistema de resolución de controversias entre los diferentes Estados miembros y entre inversor y Estado receptor de la inversión.

- La promoción de la eficiencia energética y la minimización del impacto medioambiental de la producción y utilización de la energía.

El Tratado de la Carta de la Energía llegó a contar con cincuentaitrés Estados signatarios (Afganistán, Albania, Alemania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Kazajstán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, A.Y.R. Macedonia, Malta, Moldavia, Mongolia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán), más la Unión Europea y el Euratom. De ellos, Islandia y Rusia no han ratificado el Tratado Rusia aplicó provisionalmente el Tratado hasta que anunció el cese de esta aplicación provisional y su intención de no convertirse en parte del Tratado, con efectos desde el 18 de octubre de 2009. La extensión de esta aplicación provisional fue analizada en la Sentencia del Juzgado de Distrito de La Haya el 20 de abril de 2016, que anuló los laudos dictados en el célebre caso Yukos, al entender que la aplicación provisional del Tratado no permite asumir, sin más, la aplicación íntegra del Tratado, sino únicamente de aquellos preceptos que no entren en conflicto con la Constitución, leyes y reglamentos rusos, entre los que no se cuenta la oferta a someter a arbitraje reclamos de inversores bajo el Tratado.

Además, Italia notificó su retirada del Tratado de la Carta de la Energía el 31 de diciembre de 2014, con efectos a partir del 1 de enero de 2016. Pese a ello, el régimen de terminación del tratado impone su aplicación en lo que se refiere a protección de inversiones y resolución de controversias hasta veinte años después de la fecha referida de terminación.

Por otra parte, existe un número de Estados y organizaciones internacionales con estatus de observador, y que, por lo tanto, carecen de derechos y obligaciones derivados del Tratado.

En lo que se refiere a la protección de la inversión extranjera, el Tratado de la Carta de la Energía contiene una definición amplia del concepto de *inversión*. Así, se considerará como *inversión*, en el ámbito del Tratado, cualquier activo (lo que incluye propiedades, derechos reales, empresas o participaciones, créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales con valor económico, derechos de propiedad intelectual, rendimientos o concesiones, licencias y otros tipos de permisos) controlado directa o indirectamente por un inversor y relacionado con cualquier actividad económica en el sector de la energía. Por *inversor* debe entenderse cualquier persona física o jurídica nacional o residente en cualquiera de los Estados miembros (si bien el Tratado concede al Estado receptor de la inversión, el derecho a denegar el beneficio de la protección de la inversión a entidades controladas por ciudadanos o nacionales de terceros Estados que no lleven a cabo actividades empresariales importantes en el Estado miembro del que sean nacionales). Por su parte, el Tratado define *actividad económica en el sector de la energía* como actividad de exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias o productos energéticos o relativa a la distribución de calor a instalaciones múltiples.

El Tratado de la Carta de la Energía contiene los siguientes estándares sustantivos de tratamiento y protección de la inversión, similares a los contenidos en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones (Appris):

- Impone al Estado receptor de la inversión la obligación de promocionar la inversión extranjera creando condiciones estables, equitativas y transparentes para la inversión.
- Obliga al Estado receptor a conceder a las inversiones un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y prohíbe las medidas exorbitantes o discriminatorias.
- Obliga al Estado receptor a cumplir las obligaciones contraídas con los inversores o con las inversiones de los inversores (*umbrella clause*).
- Establece los estándares de tratamiento nacional (es decir, el Estado receptor debe conceder al inversor un tratamiento, al menos, equivalente al dispensado a sus nacionales) y de nación más favorecida (es decir, el Estado receptor debe conceder al inversor un tratamiento, al menos, equivalente al dispensado a los nacionales de cualquier tercer Estado, sea o no miembro del Tratado de la Carta de la Energía).
- Obliga al Estado receptor a examinar de buena fe las solicitudes de entrada y permanencia de personas con cargos de responsabilidad en relación con la inversión.
- Establece el principio de responsabilidad del Estado receptor de la inversión por pérdidas causadas por guerras, conflictos armados, disturbios y situaciones similares.
- Prohíbe la expropiación, directa o indirecta, de la inversión, salvo que sea por causa de interés público, no discriminatoria, realizada con arreglo al procedimiento legal, debido y mediante el pago de indemnización adecuada, pronta y efectiva.
- Obliga al Estado receptor a garantizar la realización de transferencias de capital relacionadas con la inversión.

Finalmente, el Tratado contiene un precepto de resolución de controversias entre inversor y Estado receptor de la inversión, similar al contenido en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones. De acuerdo con este precepto, las disputas entre inversor y Estado receptor de la inversión, relativas al supuesto incumplimiento de las obligaciones sustantivas de protección y promoción de las inversiones por parte del Estado, deberán ser resueltas de forma amistosa, pudiendo el inversor, si no se resuelven en el plazo de tres meses desde su notificación al Estado, someterlas:

1. Al tribunal o tribunales administrativos del Estado receptor de la inversión.
2. Al mecanismo de resolución de controversias previamente acordado.
3. A arbitraje o conciliación internacional, ante:

    a. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión (Ciadi), si el Estado del inversor y el Estado receptor de la inversión son miembros del Convenio de Washington de 1965, por el que se crea el Ciadi.

b. El Mecanismo Complementario del Ciadi, establecido por el Convenio referido, si el Estado del inversor o el Estado receptor de la inversión, pero no ambos, son miembros del Convenio Ciadi.

c. Un árbitro único, o un tribunal arbitral *ad hoc*, establecido conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento Uncitral).

d. Un procedimiento arbitral ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Finalmente, debemos señalar que, hasta el año 2016, la Secretaría de la Carta de la Energía tenía constancia de la existencia de aproximadamente un centenar de disputas entre inversores y Estados receptores de inversiones sometidas a arbitraje por incumplimiento de las obligaciones de protección de la inversión contenidas en el Tratado de la Carta de la Energía (en ocasiones, conjuntamente con disputas por el incumplimiento de obligaciones emanadas de un acuerdo bilateral de protección de inversiones) ante los diferentes mecanismos de arbitraje internacional referidos anteriormente. Esta cifra se encuentra en permanente crecimiento, ya que a partir del año 2011 el recurso a este Tratado se ha popularizado, especialmente en relación con demandas relativas a medidas adoptadas por Estados europeos en relación con ajustes tarifarios de las energías renovables, como es el caso de España, Italia o la República Checa.

(Autor: Alejandro López Ortiz. Socio. Mayer Brown LLP. París).

Referencias bibliográficas: McLachlan, C., L. Shore y M. Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007. López Ortiz, A. y Lennon, M. *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty*. Practical Law. Thomson Reuters, 2015 (http://us.practicallaw.com/cs/Satellite/us/resource/1-591-2446). Página web de la Secretaría de la Carta de la Energía (http://www.energycharter.org).

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Cláusula paraguas (*umbrella clause*). Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversiones. Tratados de libre comercio (y cláusula arbitral en).

Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)

1. Introducción

En el comercio internacional es fundamental contar con un sistema idóneo para resolver las controversias que podrían surgir de las transacciones comerciales, siendo los Medios Alternativos de Solución de Controversias (en adelante, MASC) los métodos utilizados hoy en día. El recurso al arbitraje se prevé en numerosos TLCs (en adelante, Tratados de Libre Comercio). Fijaremos nuestra atención en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, Tlcan), el cual contiene extensas cláusulas de solución de controversias. El Tclan identifica la importancia de facilitar la solución de controversias en el sector privado en los contratos comerciales internacionales a través del establecimiento del Comité 2022, que evaluó la disponibilidad y ejecución de laudos privados en dicha región. La página web del Tlcan (http//:www.nafta-sec-alena.org) ofrece una orientación acerca de los métodos existentes de solución de controversias privadas, que reproducimos en parte.

2. Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas

En cumplimiento del art. 2022 del Tlcan, el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas presentará informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre cuestiones generales relativas a la existencia, uso y eficiencia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales internacionales privadas en la zona de libre comercio.

En particular, la Comisión encomienda al Comité que le presente, según sea el caso, informes y recomendaciones sobre la compilación, examen y evaluación de los mecanismos existentes para la solución de controversias comerciales internacionales privadas; la promoción del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales internacionales privadas en la región del Tlcan y la difusión en el sector privado de los beneficios que ofrece la utilización de MASC; la identificación de sectores e industrias que, en particular, se beneficiarían con la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias; la forma de facilitar el recurso al arbitraje y otros procedimientos en la región del Tlcan, incluyendo los modelos de cláusula de sumisión a MASC y la utilización de otras cláusulas contractuales; las oportunidades para am-

pliar la cooperación entre las instituciones interesadas o involucradas en la utilización de MASC en la región del Tlcan; y los relacionados con la aplicación de acuerdos arbitrales y con la ejecución de laudos arbitrales y otros asuntos contenciosos en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias. No obstante, la Comisión podrá ocasionalmente encomendar otros asuntos al Comité.

3. Medios disponibles de solución de controversias privadas

Las partes que pretendan celebrar un contrato internacional deberían considerar los diversos MASC para solucionar controversias sin necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios, dado que ofrecen un mecanismo neutral y privado. Es en el momento de elaborar el contrato cuando las partes deberían considerar esta posibilidad. Una cláusula MASC adecuada, representa la resolución efectiva de la controversia, al tiempo que disminuye los incumplimientos del contrato, al proveer un mecanismo efectivo para ejercer los derechos contractuales. En todo caso, las partes deberían considerar la conveniencia de consultar a una de las instituciones que administran el arbitraje o a cualquier otro experto, antes de concluir los términos del contrato respectivo.

4. Solución de Controversias del Sector Privado o MASC

De las diversas formas de MASC que existen, la mediación y el arbitraje son las dos más utilizadas. Mientras que la mediación pretende alentar a las partes a encontrar una solución mutuamente aceptable, el arbitraje es un proceso contencioso de reglas flexibles que concluye con un laudo vinculante para las partes. Dependiendo del acuerdo de las partes en la cláusula arbitral, la decisión puede ser emitida por uno o por tres árbitros. Las partes, generalmente, presentan argumentos, testigos y prueba documental, mientras que las reglas judiciales de procedimiento y prueba no son aplicables. Frecuentemente, los abogados están involucrados en la representación de las partes, no siendo siempre necesario contratar a un abogado. Los árbitros son casi siempre abogados, pudiendo ser otro tipo de profesionales con conocimientos o cualificación relevantes para la controversia. La mayoría de los laudos arbitrales son cumplidos voluntariamente y, en caso contrario, el laudo puede ser ejecutado por los tribunales locales con jurisdicción sobre la parte perdedora. Canadá, México y los Estados Unidos son partes de varios tratados internacionales que requieren que sus tribunales ejecuten los laudos arbitrales, salvo en ocasiones excepcionales, por lo que existen pocos supuestos para apelar un laudo arbitral adverso.

La cláusula modelo de arbitraje para el uso de MASC para los contratos internacionales podría ser la siguiente: «(a) Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de, o se relacione con o en conexión con este contrato, o con el incumplimiento, terminación o validez de éste, deberá ser solucionada de manera definitiva a través del arbitraje. El arbitraje deberá de conducirse de acuerdo con [identificar las reglas] vigentes al momento del arbitraje, excepto por las modificaciones contenidas en este documento o por acuerdo mutuo de las partes. El lugar donde se llevará a cabo el arbitraje será [ciudad o país], y deberá de ser en el idioma [especificar]. El arbitraje será conducido por [uno o tres árbitros], quienes deberán ser seleccionados de conformidad con [las reglas seleccionadas anteriormente]. (b) El laudo arbitral deberá ser escrito y deberá ser determinante y vinculante para las partes. El laudo podrá incluir un laudo sobre costas, incluyendo honorarios de los abogados y desembolsos. La ejecución del laudo podrá ser realizada por cualquier tribunal que goce de jurisdicción sobre el laudo o sobre las partes o sus bienes».

5. Las reglas del arbitraje

En la redacción de una cláusula de arbitraje deberían considerarse los siguientes aspectos relativos a las reglas del arbitraje. En primer lugar, se plantea la elección de un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje institucional, debiendo adecuarse la cláusula arbitral a las reglas de arbitraje respectivas. En segundo lugar, las partes deberán seleccionar un lugar para el arbitraje que sea conveniente para ellas y para aquellos que puedan eventualmente convertirse en testigos en cualquier procedimiento. Las leyes de los tres países del Tlcan fomentan el arbitraje internacional, por lo que no debe dudarse en llevar a cabo el arbitraje en cualquiera de los tres países. Si las partes desean seleccionar un lugar para el arbitraje fuera de dichos países, deben considerar los aspectos de la ley nacional que pudiesen afectar el desarrollo del mismo. Si se elige un arbitraje institucional, no es necesario que el órgano administrativo escogido se encuentre ubicado en el mismo foro, dado que muchas de las instituciones a menudo administran arbitrajes fuera de sus países de origen. En tercer lugar, en el contrato (o el acuerdo de arbitraje) se debería designar la ley aplicable o sustantiva que regirá en la solución de la controversia. No se trata de un requisito necesario, pero su ausencia puede incrementar el tiempo y coste del arbitraje, y perjudicar a alguna de las partes. La elección del árbitro idóneo requiere conocer qué legislación domina. Son varios los aspectos que hay que considerar al decidir sobre la ley aplicable, que sea un sistema legal que haya desarrollado un conjunto de leyes que regulen los asuntos que puedan surgir; que la ley aplicable considere el objeto materia de la controversia, o si la ley aplicable de un país también incluye reglas de Derecho internacional, que puedan,

a su vez, referirse a la legislación de otro país (conflictos de leyes); y si las «leyes aplicables» consideran el objeto materia del contrato como arbitrable. La designación de la ley aplicable es fundamental, incluso si las partes pretenden la aplicación de los principios generales de Derecho o usos mercantiles. La composición del tribunal arbitral puede ser acordada por las partes indicando el número de árbitros que serán designados, así como su cualificación. Si las partes son originarias de países con un idioma común, es probable que no sea necesario incluir una disposición relativa al lenguaje, basándose en la presunción de que se aplicará aquél en que fue escrito el contrato. Si el lenguaje no se especifica, el tribunal arbitral decidirá sobre este asunto. Si bien es posible, no resulta recomendable conducir el arbitraje en dos lenguajes. Si las partes pertenecen a países con diferentes lenguajes, es fundamental designar el lenguaje del arbitraje, dado que las interpretaciones simultáneas en las audiencias y traducciones de todos los documentos en dos o más lenguajes encarecen y dilatan el arbitraje. De no ser posible llegar a un acuerdo sobre el lenguaje dentro de la cláusula, sería recomendable acordar que los citados gastos serán compartidos o asumidos por la parte que los requiera. Por último, cabe incluir otros aspectos en la cláusula arbitral sin que su extensión o complejidad comprometan su efectividad. Una cláusula extensa, que especifique demasiado sobre el procedimiento, puede limitar la flexibilidad de las partes y de los árbitros en la conducción del arbitraje de la manera más eficiente. Un arbitraje se basa siempre en un acuerdo arbitral, por lo que las partes deberían pensar acerca de la naturaleza de las disputas que pudiesen surgir y considerar si alguno de los siguientes asuntos debiera ser incluido en la cláusula de arbitraje. En este sentido, cabe incluir en la cláusula arbitral: el período de instrucción de pruebas y presentación de documentos, medidas cautelares, acumulación, indemnización, plazos, costas y gastos.

6. Principales instituciones de arbitraje

Cabe destacar, entre otras, *British Columbia International Commercial Arbitration Centre*, Centro Canadiense de Arbitraje Comercial, *The ADR Institute of Canada, Inc.,* Cámara de Comercio de la Ciudad de México (Canaco), Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (Camecic), Centro de Arbitraje de México (CAM), *American Arbitration Association*, *Institute for Dispute Resolution*, y otras instituciones de carácter multinacional como *Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas* (Camca) e *International Centre for Dispute Resolution*.

(Autoras: D.ª Arancha González Laya. Directora Ejecutiva del Centro de Comercio Internacional (ITC) y Dra. Bárbara de la Vega Justribó. Profª. de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

Vocablos conexos: Arbitraje de inversiones. Arbitraje internacional. Convenio arbitral.

Trato justo y equitativo

El «trato justo y equitativo» (en inglés, *Fair and Equitable Treatment*, fórmula generalmente abreviada con las siglas «FET») es un estándar utilizado en el ámbito del Derecho internacional público, y en particular, del Derecho de la protección de las inversiones extranjeras, que establece el tratamiento que el Estado receptor de una inversión debe otorgar tanto al inversor como a su inversión. Su formulación positiva se contiene en la mayor parte de los tratados de protección de inversión extranjera, tanto bilaterales (Appris o, en inglés, BITs), como multilaterales y es el estándar sustantivo más utilizado, y con más éxito, por los inversores, en los arbitrajes iniciados contra Estados receptores de inversión sobre la base del incumplimiento de dichos tratados.

El concepto de «trato justo y equitativo» apareció por primera vez en la fallida Carta de La Habana de 1948, antecedente de la actual Organización Mundial del Comercio, donde se establecía la obligación de dar un tratamiento justo y equitativo a las empresas traídas de un Estado miembro a otro. Formulaciones parecidas aparecen en otros textos bilaterales y multilaterales durante los años siguientes, como en el borrador de Convención sobre Inversiones en el Extranjero de 1959, o en el borrador de Convención sobre Protección a la Propiedad Extranjera desarrollado por la OCDE en 1967, documento que, aunque nunca se abrió a la firma, supuso el elemento de referencia en las negociaciones de inversión desarrolladas en esos años, y en los textos de los siguientes tratados bilaterales y multilaterales de inversión.

Al día de hoy, el estándar de trato justo y equitativo se recoge en la mayor parte de los tratados bilaterales de protección de inversión extranjera y en los principales acuerdos multilaterales de protección de inversión, tales como la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (Asean), el Protocolo de Colonia, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan o Nafta, en inglés), la Carta del Tratado de la Energía (CTE o ETC, en inglés) o el Tratado de Libre Comercio de América Central (Tlcac o Cafta, en inglés).

Como puede adivinarse de su enunciado, el trato justo y equitativo contiene un concepto jurídico indeterminado, que debe ser aplicado en función de las específicas circunstancias del caso concreto. Por lo tanto, resulta difícil definir con precisión su contenido y alcance que, en cualquier caso, dependerá de la redacción concreta que a este estándar se dé en el tratado de protección de inversiones correspondiente.

Se trata, además, de un estándar de tratamiento de carácter absoluto, lo que quiere decir que el nivel de tratamiento que el Estado debe dispensar al inversor no se fija en relación con el que el Estado da a terceros inversores, como ocurre, por ejemplo, en los estándares de «nación más favorecida» o de «tratamiento nacional».

Las diferentes formulaciones de este estándar en cada tratado han dado lugar a dos posturas doctrinales contrapuestas en relación con su contenido, que han encontrado reflejo en la jurisprudencia del arbitraje de inversión: la que considera que este estándar se corresponde con el estándar mínimo internacional de tratamiento del Derecho Internacional consuetudinario; y la que considera que el trato justo y equitativo debe interpretarse autónomamente, lo que dota a los tribunales arbitrales que lo aplican de un mayor rango de discreción y elevan considerablemente el nivel del tratamiento que debe aplicar el Estado al inversor.

Así, algunos tratados de protección de inversión contienen una específica referencia al «trato justo y equitativo de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario» o, simplemente, «con el Derecho internacional», que ha llevado a asimilar este estándar de tratamiento con el estándar de tratamiento mínimo requerido por el Derecho internacional consuetudinario. Éste es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Nafta), que no sólo define el trato justo y equitativo con arreglo al Derecho internacional, sino que la *Free Trade Commission* (FTC) establecida por este tratado ha interpretado, con carácter vinculante, que la referencia al trato justo y equitativo en este tratado no exige un tratamiento más allá del requerido por el Derecho internacional consuetudinario.

El estándar de tratamiento mínimo del Derecho internacional consuetudinario se definió por el tribunal del asunto *Neer vs. México* (1926, US-*Mexico Claims Commission*) como el «ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería incapaz de reconocer de inmediato su insuficiencia». Posteriores resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en casos como *ELSI (Estados Unidos vs. Italia)* (1989, CIJ) o laudos del Nafta como *Mondev vs. Estados Unidos* (2002, Nafta) han venido a equiparar el trato justo y equitativo con el estándar mínimo de tratamiento del Derecho internacional, si bien estableciendo que este estándar debe ser actualizado, sin que pueda considerarse, sin más, el aplicable en los años de *Neer vs. México*. De este modo, sería suficiente para determinar su infracción la existencia de arbitrariedad o ignorancia de la tutela judicial efectiva (*due process*) en la actuación del Estado. Jurisprudencia posterior del Nafta, como es el caso del laudo *Glamis Gold vs. Estados Unidos* (2009, Nafta), ha confirmado, citando, expresamente, el asunto *Neer*, que el estándar de trato justo y equitativo se corresponde con el estándar mínimo, bajo el cual la conducta del Estado sería inaceptable por la comunidad internacional.

Sin embargo, y al margen de las resoluciones conforme al Nafta, una buena parte de los laudos arbitrales que se han pronunciado acerca del estándar de trato justo y equitativo han optado por acogerse a una formulación independiente, autónoma del concepto y más amplia que la limitada al estándar mínimo del Derecho internacional. Éste es el caso de los laudos en *Tecmed vs. México* (2004, Appri México-España), *PSEG vs. Turquía* (2007, Appri Turquía-Estados Unidos) o *Siemens vs. Argentina* (2007, Appri Alemania-Argentina). Este concepto autónomo e independiente podría definirse como la obligación del Estado de garantizar al inversor un marco jurídico transparente y consistente, que proteja sus legítimas expectativas, libre de coerción y acoso y que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva; en general, la obligación de actuar de acuerdo con los principios de la buena fe.

Normalmente, los casos de infracción del trato justo y equitativo suelen recaer en dos categorías principales: aquéllos en los que el inversor reclama por una infracción del estándar cometida por los tribunales de justicia del Estado receptor de la inversión; y aquéllos en los que el inversor reclama por una infracción cometida por sus autoridades administrativas (lo que incluye la actuación legislativa del Estado).

La primera de las categorías es cada vez más escasa, ya que los modernos tratados de protección de inversiones han eliminado el requisito del agotamiento de las instancias locales con carácter previo al inicio de un arbitraje contra el Estado. Bajo esta categoría se encuentran los supuestos en los que el inversor reclama que la actuación del poder judicial del Estado receptor de la inversión ha resultado en una denegación de justicia, bien porque la decisión de fondo se aparta de forma irrazonable y manifiesta de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo (*Azinian vs. México*, 1998, NAFTA; *Mondev vs.*

Estados Unidos); bien porque se ha producido una vulneración de la tutela judicial efectiva (*Loewen vs. Estados Unidos*, 2003, NAFTA; *Toto Costruzioni vs. Líbano*, 2009, Laudo de Jurisdicción, Appri Italia-Líbano).

La segunda de las categorías, utilizada con mayor frecuencia, es aquélla en la que el incumplimiento del estándar se alega en relación con la adopción de decisiones administrativas e incluso legislativas. Dentro de esta categoría, se dan dos tipologías principales de casos: aquéllos en los que el inversor alega que se ha producido una infracción de sus expectativas legítimas; y aquéllos en los que la infracción alegada se refiere a la forma inapropiada en la que el Estado ha tratado al inversor.

En relación con las legítimas expectativas del inversor, el laudo en *Tecmed vs. México* definió que el principio de trato justo y equitativo exigía al Estado receptor de la inversión «…brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión…». Este principio ha sido desarrollado en laudos posteriores como *Occidental vs. Ecuador* (2004, Appri Ecuador-Estados Unidos). Sin embargo, esta formulación, tal vez de forma extrema, ha abierto un amplio debate en relación con la tensión existente entre las legítimas expectativas del inversor y el Derecho de los Estados soberanos a disfrutar de cierta flexibilidad regulatoria e incluso a modificar abiertamente sus políticas, particularmente como reacción a situaciones de crisis. Este debate ha encontrado su punto álgido en las múltiples reclamaciones de inversores contra Argentina, a consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la crisis finaciera que tuvo lugar en 2001 y 2002, en concreto, la pesificación de tarifas y la devaluación del peso. Estas reclamaciones están dando lugar a un buen número de laudos con diferentes enfoques (en ocasiones, abiertas contradicciones) sobre las legítimas expectativas del inversor y la defensa de estado de necesidad utilizada por el Gobierno argentino y a subsiguientes procedimientos de anulación (véase, por ejemplo, *CMS vs. Argentina*, Laudo 2006, Decisión de Anulación 2009, Appri Argentina-Estados Unidos; *Enron vs. Argentina*, Laudo 2007, Decisión de Anulación 2010; *Sempra vs. Argentina*, Laudo 2007, Decisión de Anulación 2010, Appri Argentina-Estados Unidos; *LG&E vs. Argentina*, Laudo 2007, Appri Argentina-Estados Unidos).

Por otra parte, las reclamaciones por tratamiento inapropiado al inversor se refieren a un elenco de situaciones muy heterogéneas, que van desde la actuación discriminatoria o arbitraria (*SD Myers vs. Canada*, 2002, Nafta; *Saluka vs. República Checa*, Laudo de Jurisdicción, 2006, Appri Holanda-República Checa; *PSEG vs. Turquía*; *Lemire vs. Ucrania*, 2010, Laudo de Jurisdicción, Appri Estados Unidos-Ucrania), la falta de trasparencia en la actuación del Estado (*Metalclad vs. México*, 2000, Nafta; *Maffezini vs. España*, 2000, Appri Argentina-España), la ausencia de procedimiento debido (*MTD vs. Chile*, 2004, Appri Chile-Malasia; *Bayindir vs. Pakistán*, 2009, Appri Pakistán-Turquía; *Lemire vs. Ucrania*), la coerción o acoso al inversor (*Pope & Talbot vs. Canadá*, 2002, Nafta; *Tecmed vs. México*) y, con carácter más general, situaciones en que se reclama que el Estado ha faltado a su obligación genérica de actuar de conformidad con los mandatos de la buena fe (*Tecmed vs. México*; *Saluka vs. República Checa*; *LG&E vs. Argentina*; *PSEG vs. Turquía*; *Sempra vs. Argentina*; *Biwater Gauff vs. Tanzania*, 2008, Appri Reino Unido-Tanzania; *Plama vs. Bulgaria*, 2008, ECT; *SD Myers vs. Canadá*; *Lemire vs. Ucrania*).

(Autor: Alejandro López Ortiz. Socio. Mayer Brown LLP. París).

Referencias bibliográficas: Kreindler, R.H. GFair and Equitable Treatment-A Comparative International Law Approach». En *Transnational Dispute Management*, 2007 http://www.transnational-dispute-management.com. McLachlan, C., L. Shore y M. Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007. Márquez-Escobar, C. y L. Villegas-Carrasquilla. «Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.° 15, pp. 155-180. OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law». *Working papers on International Investment*, 2004, n.° 3. Schreuer, C.H. «Fair and Equitable Treatment (FET): Interaction with other Standards». En *Transnational Dispute Management*, 2007 http://www.transnational-dispute-management.com. United Nations Conference on Trade and Development. «Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement». *IIA Issues Note*, n.° 1, International Investment Agreements, 2010.

Vocablos conexos: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversiones. Tratados de libre comercio (y cláusula arbitral en).

***TREATY CLAIM* (VER «*CONTRACT CLAIMS VS. TREATY CLAIMS*»)**

TREATY SHOPPING

El término *treaty shopping* se refiere a la práctica mediante la cual un inversionista estructura su inversión con el fin de hacerse a la protección que confiere un tratado de protección de inversiones o a otro tratado más favorable a su inversión. La manera más habitual de hacer *treaty shopping* consiste en que el inversionista establece una subsidiaria en un Estado con el cual el Estado receptor de la inversión ha suscrito un tratado de protección de inversiones y canaliza su inversión desde allí para efectos de obtener los beneficios del tratado. Esta actividad requiere de un ejercicio comparativo previo sobre los tratados suscritos por el estado receptor de la inversión, de ahí que se diga que el inversionista está «de compras» o *shopping* por el tratado que más le favorezca.

El vocablo *treaty shopping* se deriva del *forum shopping*, el cual fue acuñado por los litigantes estadounidenses para referirse a la práctica de estratégicamente presentar sus demandas ante las cortes donde consideran que por diferentes razones podrían obtener un resultado favorable. El sistema federado de los Estados Unidos de América, donde conviven cortes estatales y federales y, en consecuencia, diferentes legislaciones, reglas y criterios tanto para abocar jurisdicción como para determinar responsabilidad, ofrece una explicación sobre el nacimiento y desarrollo de este fenómeno en dicho país. Aunque existen varios ejemplos de esta práctica, el proceso *Texaco-Pennzoil*, ocurrido durante la década de los ochentas, es uno de los casos más estudiados sobre el uso y los resultados de este tipo de prácticas.

A diferencia de otros asuntos de Derecho internacional público que han sido regulados mediante tratados internacionales, en el Derecho de la protección a las inversiones no existe un único e imperante tratado multilateral que gobierne unificadamente esta rama del Derecho internacional. Por el contrario, la protección a las inversiones se ha desarrollado mediante la negociación y suscripción de acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones («Appri») o de tratados de libre comercio con capítulos sobre protección a las inversiones.

Aunque por regla general los Estados cuentan con un modelo de Appri que se acomodan a su posición de Estado receptor o exportador de inversiones, la realidad es que después de un arduo proceso de negociación, el acuerdo modelo es objeto de varias modificaciones. Así, un Estado puede resultar con varios tratados, todos divergentes entre sí. Además, ese Estado puede haber suscritos sus tratados en diferentes épocas, y por ende, los más antiguos contendrán cláusulas cuyo alcance ha sido interpretado por los tribunales arbitrales de manera desfavorable al Estado. La anterior situación aplica a muchos estados, lo que deja como resultado un complejo entramado global de Appris y TLCs. Esto evidencia la razón por la cual el marco regulatorio de la protección a las inversiones se presta para realizar actividades comparativas entre tratados en aras de escoger el más ventajoso. Lo crítico en estos casos está en explorar no el foro como en los Estados Unidos, sino los tratados, por ello, en este contexto el vocablo *forum* se reemplaza con *treaty*.

El *treaty shopping* es una especie del arbitraje regulatorio (*regulatory arbitrage*), entendido como la práctica de buscar ganancias o beneficios aprovechando las diferencias que existen entre las regulaciones de una plaza y otra. En este caso, la ventaja estaría en poder valerse de los beneficios que ofrecen los tratados de protecciones de inversiones suscritos por un Estado, lo que incluye el acceso a un sistema de solución de controversias y las protecciones propias de los tratados.

Aunque en el Derecho internacional público no existe disposición alguna que prohíba el *treaty shopping*, a primera vista esta práctica tiene una connotación negativa, pues el hecho de hablar de «ir de compras» por el tratado más favorable, no resulta digno de protección al amparo de un instrumento internacional. Sin embargo, antes de calificar la conducta como ilegal, se ha sugerido que se entre a diferenciar el momento en el cual se estructura la inversión en relación con una determinada disputa. Éste ha sido el principal criterio esbozado por la doctrina y la jurisprudencia para efectos de determinar si la práctica puede catalogarse o no como ilícita.

Si la inversión fue canalizada a través de una subsidiaria localizada en un Estado con el cual existe un tratado de protección a las inversiones favorable al inversionista mucho antes de iniciada una disputa, resulta evidente que la práctica no puede entenderse *per se* ilícita o abusiva.

Frente a estas situaciones no se habla de «ir de compras», sino de planeación o planificación de las inversiones, de ahí el término *treaty planning* o *nationality planning*. Por regla general, el criterio temporal antes mencionado es bastante pacífico, sin embargo, como es usual en este tipo de disputas, será necesario analizar

el tratado en cuestión y los hechos del caso concreto, pues podrían existir otras excepciones que hagan que la inversión no sea objeto de protección.

Si se hace una reestructuración empresarial u otro tipo de modificación a la inversión para valerse de la protección de un tratado cuando se tiene conocimiento sobre la existencia de una disputa, surge el interrogante sobre si dicha reestructuración es legítima o no. Esta cuestión se ha debatido en varios arbitrajes de inversión. En *Phoenix vs. República Checa* y *Mobil vs. Venezuela*, los tribunales coincidieron en concluir que reestructuraciones realizadas cuando hay disputas preexistentes constituyen una «abusiva manipulación del sistema» que obliga al tribunal a declarar que no cuenta con jurisdicción. Para los tribunales en cuestión, las inversiones que no son realizadas de buena fe no son objeto de protección bajo los tratados de inversión o la Convención de Washington.

A pesar de lo claro que resulta lo anterior, en *Aguas del Tunari vs. Bolivia* se encontró que la transferencia de acciones a una sociedad holandesa –Estado con el cual Bolivia había suscrito un Appri– apenas cuatro meses antes de la terminación de un contrato de concesión, no podía calificarse como una conducta abusiva o *détournement de procédure*. La razón principal para concluir lo anterior, fue que la terminación del contrato de concesión no se podía prever a la fecha de la transferencia accionaria, a pesar de que existían serios indicios de que esto sucedería. En *Pac Rim Cayman vs. El Salvador* se reiteró el anterior criterio y se indicó que la línea divisoria entre cuando se está en presencia de una inversión abusiva y una legítima depende de si el inversionista puede prever una específica disputa futura, aunque se aclaró que todo dependerá de los hechos y las circunstancias del caso en concreto.

En suma, según los casos analizados, el *treaty shopping* puede calificarse como una conducta contraria al principio de la buena fe si se demuestra que era posible prever una disputa futura al momento de reestructurar una inversión. Esta abusiva conducta no puede ser tolerada por los tribunales arbitrales de inversión, razón por la cual deben declarar que carecen de jurisdicción para conocer estos casos.

Ahora bien, además de configurar una violación al principio de la buena fe, también es posible que una inversión canalizada con el único propósito de hacerse a los beneficios de un tratado no se encuentre protegida por el tratado en cuestión. En efecto, conscientes de la proliferación del *treaty shopping*, los Estados han incluido en sus tratados una serie de cláusulas que tienen como propósito negarle los beneficios del tratado a los inversionistas y a las inversiones que ejecuten este tipo de prácticas. Las disposiciones que establecen el criterio de control frente a la nacionalidad de las personas jurídicas y la denegación de beneficios son dos de las cláusulas más comunes para alcanzar tal objetivo.

En los tratados de protección de inversiones se protegen las inversiones realizadas por inversionistas del otro Estado parte. Cuando los inversionistas son personas jurídicas, los criterios para determinar si califica como un nacional del otro Estado suelen ser si fue constituida o si su asiento social (*siège sociale*) se encuentra en dicho Estado. El criterio de control establece que la nacionalidad de las personas jurídicas será determinada no por su lugar de constitución o *siège sociale*, sino por la nacionalidad de sus dueños o accionistas controlantes. Este criterio suele utilizarse en combinación con los demás. La ventaja del control radica en prevenir que sociedades se constituyan por personas de terceros Estados, simplemente para efectos de obtener la protección del tratado, como sería el caso del nacional del Estado receptor que crea un vehículo en el Estado exportador con ese único propósito.

A pesar de que en principio este criterio pareciera claro y útil para prevenir el *treaty shopping*, casos recientes como *Tokio Tokelés vs. Ucrania* y *TSA Spectrum de Argentina S.A. vs. Argentina*, demuestran las diferentes interpretaciones que han tenido los tribunales al momento de aplicar el criterio en cuestión, haciéndolo en ocasiones inoperante.

Mediante la denegación de beneficios, a su vez, los Estados se reservan el derecho a negarles a determinados inversionistas la protección que ofrece el tratado, siempre y cuando se den algunos supuestos. Tales supuestos incluyen, generalmente, que el inversionista sea propiedad o se encuentre bajo el control de otra persona de un Estado que no es parte del tratado o que dicha empresa no tenga actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra parte. El propósito, de nuevo, es asegurar la protección a los inversionistas legítimos, esto es, aquéllos que provengan y tengan un vínculo real con alguno de los Estados parte del tratado. En principio, este tipo de cláusulas también deben evitar que los inversionistas realicen *treaty shopping*.

Ahora bien, al descender a los casos donde se han invocado las cláusulas de denegación de beneficios, saltan a la vista una serie de problemas que han llevado a algunos a concluir que estas cláusulas no cumplen sus propósitos adecuadamente. Lo anterior se debe a la ambigüedad del concepto de «actividades comerciales

sustanciales» y a las dudas que han surgido en torno al momento a partir del cual se debe notificar al inversionista sobre la denegación de los beneficios. Frente al alcance de la noción de actividades comerciales sustanciales, los tribunales han adoptado diferentes enfoques de donde se deduce; sin embargo, que no se trata de actividades de gran envergadura, lo que ha limitado el alcance práctico de esta disposición.

En cuanto al momento en que el Estado debe informar la denegación de los beneficios del tratado y en cabeza de quien recae la carga de probar la situación de control o la ausencia de actividades comerciales sustanciales, tampoco existen pronunciamientos consistentes que permitan inferir un criterio unificado, lo que limita el margen de maniobra del Estado y le resta eficacia a las cláusulas de denegación de beneficios. Por supuesto, esta situación puede corregirse incluyendo en los tratados lenguaje expreso que indique exactamente qué se entiende por actividades comerciales sustanciales, cuándo se debe informar la denegación y quién tiene la carga de la prueba; sin embargo, ésta no ha sido una práctica común.

Un reciente y muy sonado caso ha demostrado una vez más las diferentes modalidades del *treaty shopping* y sus implicaciones. Se trata de *Phillip Morris vs. Australia*. Invocando el Aprri entre Hong Kong y Australia de 1993, Phillip Morris («PM»), a través de una de sus subsidiarias constituidas en Hong Kong, alegó que las medidas legislativas adoptadas en 2011 por Australia en su lucha contra el consumo de tabaco, que incluyen la prohibición de exhibir las marcas de los productores en los paquetes de cigarrillos, equivalen a una expropiación a los derechos de propiedad intelectual de este coloso del tabaco.

Además del debate que ha generado este caso por la procedencia de reclamaciones de inversión por medidas de política y salud pública que adopten los Estados, han llamado la atención las maniobras utilizadas por PM para acceder a los mecanismos internacionales de protección de las inversiones y para valerse de los tratados más favorables a su caso. En efecto, el Appri entre Hong Kong y Australia de 1993 no contiene muchas de las cláusulas con que sí cuentan sus Appris más modernos, incluyendo aquéllas que establecen limitaciones a los derechos de propiedad intelectual o las que reconocen el derecho del Estado a tomar medidas de salud pública frente los derechos de propiedad intelectual.

El Appri entre Hong Kong y Australia, además, no contiene cláusulas de denegación de beneficios, lo cual favorece a Phillip Morris Asia («PMA»), pues es controlada por la sociedad estadounidense Phillip Morris International. Aunque Australia tiene un Appri con Estados Unidos, las cláusulas del mismo distan de ser tan favorables a su caso, como las contenidas en el Appri con Hong Kong. Australia ha alegado la falta de jurisdicción del tribunal por tratarse de una disputa preexistente, debido a que el gobierno australiano había anunciado la medida antes de que PMA adquiriera la calidad de accionista de la subsidiaria australiana de PM. A la fecha de entrega de este artículo, Australia no había contestado la demanda presentada por PMA; sin embargo, se vislumbra un interesante debate que permitirá dilucidar mejor el alcance y la legalidad del *treaty shopping*.

(Autor: Alberto Acevedo Rehbein. Abogado Garrigues Colombia SAS).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LOPUCKI, Lynn y Walter WEYRAUCH. «A Theory of Legal Strategy». *Duke Law Journal*, 2000, vol. 49, n.° 6. UCHKUNOVA, Inna. *Drawing a Line: Corporate Restructuring and Treaty Shopping in Icsid Arbitration*, United Nations Conference on Trade and Development. International Investment Treaties: Key Issues, vol. I; Unctad/ITE/IIT/2004/10, United Nations, 2004, Chapter 3: Scope and Definition, pp. 113-142. ZANG, Xiao-Jing, *Proper interpretation of corporate nationality under international investment law to prevent treaty shopping*, 6(1) Contemp. Asia Arb. J., 49, 2013, pp. 49-70. WEB, Mathew. *Treaty shopping: How Philip-Morris Cherry-Picked Word Case BITs*, Infojustice.org, diciembre 2, 2012.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje de inversiones. Cláusula de denegación de protección al inversor.

TRIBUNAL ARBITRAL (VER «COLEGIO ARBITRAL»)

TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

1. Origen

Es, probablemente, la institución arbitral más antigua de España. Aunque constituida formalmente el 15 de febrero de 1989, a raíz de tramitarse en España el proyecto de la que sería la segunda Ley española de Arbitraje, un grupo de abogados de Barcelona presididos por el entonces videcedecano del Colegio de Abogados de Barcelona, Joan Jordi BERGÓS I TEJERO, comisionados por dicha institución y la Cámara de Comercio Industria y Navegación de Barcelona, anticiparon ya en 1988 la importancia de las instituciones arbitrales

en España con un seguimiento de los trabajos parlamentarios que compaginaron con la incorporación a la iniciativa de instituciones muy relevantes en el mundo jurídico barcelonés como el Colegio de Notarios de Barcelona, y la asociación que agrupaba al resto de colegios de abogados de toda Catalunya como fue el *Consell de Col.legis d'Advocats de Catalunya*.

Los representantes de todas dichas instituciones constituyeron el sustrato social de la institución arbitral que adoptó la forma asociativa sin ánimo de lucro, inscribiéndose en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya el 28 de febrero de 1989 bajo el n.° 10.643 con la denominación «*Associació Catalana per a l'Arbitratge*-Tribunal Arbitral de Barcelona».

La ACA se configura en una asamblea de socios institucionales y una junta de gobierno, órgano ejecutivo de la institución, cuyo presidente lo es naturalmente de ambos órganos el TAB y el ICB. La Junta de Gobierno tiene como miembros a representantes paritarios de las instituciones que dan soporte a la ACA, las cuales nombran al Presidente. Han sido presidentes de la institución Antonio de P. Escura Viñuela (1989-2000), Prof. Lluis Muñoz Sabaté (2000-2008) y Jesús M. de Alfonso (desde 2008).

La base asociativa fue ampliada sucesivamente con el Decanato de los Registradores Mercantiles y de la Propiedad de Catalunya (2009), reforzando así el espectro de profesiones jurídicas y la *Associació Inter Col. legial de Catalunya* (2012) que agrupa a más de noventa instituciones colectivas de profesionales liberales con lo que se incorporaba el soporte a la institución desde el ámbito de las profesiones liberales.

La ACA se estructura en dos órganos no de gobierno de la institución: El denominado Tribunal Arbitral de Barcelona («TAB») y el *Institut de Mediació i Conciliació de Barcelona* («ICB») albergando para un mayor especialización el primero toda la actividad relativa a arbitrajes y el segundo el resto de medios alternativos de resolución de conflictos.

2. Operativa

El funcionamiento de la *Associació Catalana per A L'arbitratge* -Tribunal Arbitral de Barcelona («ACA») se basa en su operativa exquisitamente democrática y paritaria de todas las instituciones y entidades asociadas lo que le confiere una poderosa neutralidad, en su actividad, poniendo énfasis en la profesionalización de su actividad y en la apuesta por la calidad con la existencia de códigos éticos y de buenas prácticas, con homologación internacional. La institución ha sido la primera en España en hacer pública su actividad en una clara opción por la transparencia y responsabilidad social corporativa. Así, a partir de 2010 a iniciativa del Colegio de Abogados de Barcelona secundado por todos los socios, se abrió un período de reformas y de modernización de la institución con proyección y presencia internacional de la misma, así como se inició una etapa de colaboración y participación en la actividad de las universidades nacionales e internacionales con las que suscribe convenios. El inglés (2009) deviene idioma oficial junto al catalán y castellano originarios.

El TAB está administrativamente organizado en una Junta Directiva y una Secretaría a cuyo frente se halla un gerente, suscribiendo cuantos trabajan y colaboran con la institución, acuerdos de confidencialidad. Una organización semejante corresponde al ICB.

Desde su inicio ha administrado más de 1.800 arbitrajes (2014).

3. Funcionamiento del TAB

Cada expediente arbitral desde el inicio tiene asignado un ponente, miembro de la Junta de Gobierno del TAB, que reporta todas las incidencias a la misma en sus sesiones periódicas, adoptando sus decisiones colegiadamente por mayoría. Se abstienen y tienen el deber de ausentarse de las reuniones los miembros de la junta de gobierno que tengan un conflicto de intereses o perciban ellos mismos que pueden tenerlo, sin que puedan ser designados árbitros, salvo iniciativa de todas las partes.

El TAB, además de administrar arbitrajes, colabora activamente en la promoción nacional e internacional del arbitraje, habiendo participado activamente en el proceso legislativo de la reforma de la ley de arbitraje española de 2003 y en la difusión nacional del arbitraje con la creación del Congreso de Instituciones Arbitrales Corporativas (2010) que ha visto sucesivas ediciones en toda España. Los miembros del TAB participan activamente en actos de difusión de la cultura arbitral que constituye también misión de la institución.

4. El Reglamento de Arbitraje

El Reglamento bajo el que ha venido operando el TAB es reformado en 2014 para incorporar la experiencia de sus veinticinco años de existencia y homologarse con los de las instituciones arbitrales internacionales. El reglamento, aunque se alinea con el Reglamento Uncitral y otros al uso, ostenta características propias entre las que se citan la importancia que se confiere a la exigencia de la buena fe en todas las fases del procedimiento arbitral con previsiones cuando se falte a ella, el llamamiento a terceros, y la disponibilidad del árbitro de emergencia, entre otras. También el TAB se compromete a administrar arbitrajes con quienes elijan para ello el Reglamento de la Uncitral y declina la administración de arbitrajes con otros reglamentos.

El reglamento pone a disposición de las partes, sin perjuicio del principio de autonomía de la voluntad, varios tipos de procedimientos. En 2014 se reglamenta un procedimiento *fast track* con una duración máxima de tres meses.

El Reglamento General prevé la acumulación de expedientes arbitrales, el árbitro de emergencia, la resolución por la institución de las recusaciones, la posibilidad de imponer astricciones y el control formal del laudo.

5. El árbitro

El TAB ha optado por un perfil de árbitro con una experiencia de al menos quince años en su actividad profesional especializada y ofrece abiertamente la incorporación a su base de datos a quienes desean desarrollar su *praxis* arbitral, siempre que faciliten y cedan sus datos curriculares, su experiencia sea demostrable y cumplan razonablemente con el perfil.

La designación de árbitros se efectúa por voto mayoritario de la junta de gobierno, considerando primordialmente la base de datos de la institución que propone tres árbitros por cada árbitro útil, si las partes no han designado de común acuerdo, ninguno. Si no se ha especificado un número de árbitros en el convenio arbitral, el TAB designa uno solo. En los casos de tres árbitros con nombramiento de uno por cada parte, el TAB designa el tercero, sólo en defecto de que los dos árbitros designados por las partes no lo hicieran en un plazo determinado designándose aquél en que coincidan las partes; y, en su defecto o exceso, la institución designa el que juzgue más oportuno. La institución administra el arbitraje por cuenta de las partes y en tal posición, previa oferta al árbitro, toma a su cargo el pago de sus honorarios, relevando a las partes de esta carga.

Los árbitros necesitan permiso de la institución administradora para acordar de oficio una prueba pericial.

El TAB realiza un control para velar *ex ante* por la independencia del árbitro nombrado.

6. Más información

La página web de la institución www.tab.es contiene estadísticas e informes de su actividad, así como el reglamento vigente, propuestas de convenios arbitrales, las tarifas aplicables, noticias de sus actividades y posicionamiento de la institución ante cuestiones relevantes, constituyendo el cauce exclusivo para proponerse como árbitro de la institución.

(Autor: Jesús M. de Alfonso, Ex Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona).

TRIBUNAL ARBITRAL DE VALENCIA (TAV)

1. Descripción, naturaleza y fines

El Tribunal Arbitral de Valencia es una institución arbitral, de régimen jurídico fundacional constituida por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV).

El ICAV, en su condición de corporación de derecho público y, más específicamente, como colegio profesional, ha venido administrando procedimientos arbitrales con habitualidad a lo largo de su dilatada historia, en virtud de las funciones atribuidas estatutariamente y por la normativa sectorial de aplicación. Sin embargo, al igual que ha sucedido con la inmensa mayoría de Colegios de Abogados, esa labor se desarrollaba quizá no de la manera más estructurada posible, razón por la cual se decidió la creación de una Fundación

específica para tal fin, denominada Tribunal Arbitral de Valencia (www.tav.icav.es), cuyos estatutos fueron aprobados en 2009. En los mismos, se destacan como fines de dicha Fundación, el fomento de la cultura del arbitraje; procurar que a través del mismo, administrado con criterios de economía y eficacia, se contribuya a obtener la tutela efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución; y, lógicamente, la administración de los procedimientos de arbitraje que les sean sometidos por las partes implicadas.

La Fundación se halla gobernada por un Patronato, integrado mayoritariamente por letrados, pero en el que también se han incorporado ya algunos de los colegios profesionales más representativos de su ámbito territorial (*v. gr*., los correspondientes a registradores, notarios y economistas). Correspondiendo al mismo diversas funciones, entre las que destaca la designación de los árbitros (cuando no sean nombrados por las propias partes) en procedimientos de cuantía superior a 100.000 euros; atribuyéndose dicha elección, en arbitrajes de cuantía inferior, a la Comisión Ejecutiva.

2. El procedimiento arbitral conforme al Reglamento del TAV

Los arbitrajes administrados por el TAV se sujetan a un procedimiento que participa de las notas comunes seguidas por la mayoría de las instituciones arbitrales más consolidadas, siempre con atención prioritaria a la autonomía de voluntad de las partes. El comienzo del mismo se produce con la solicitud de arbitraje presentada por la parte demandante, con indicación sucinta de los datos personales y fácticos más relevantes de la controversia, dándose traslado de la misma a la parte demandada para que, en su caso, formule la correspondiente respuesta. Si ésta no contestara a la solicitud de arbitraje, se negara a someterse al mismo o se opusiera a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral, el TAV tendrá que decidir si considera, *prima facie*, que existe un acuerdo válido de sometimiento a arbitraje, en cuyo caso el procedimiento arbitral continuará adelante, correspondiendo, en todo caso, al árbitro pronunciarse de manera definitiva sobre tales extremos en el laudo que se dictare; por contra, si se entendiera que no existe tal acuerdo válido o que éste no comprende la totalidad de los aspectos a los que se refiera la solicitud del demandante, se le indicará así a las partes, comunicándoles que el procedimiento no puede continuar, pudiendo en tal caso la parte demandante, mostrar su disconformidad dentro de los tres días siguientes, lo que conduciría a la designación del árbitro, a quien le correspondería la decisión sobre esta cuestión.

Si el procedimiento arbitral hubiera quedado debidamente iniciado, se procederá al nombramiento de los árbitros, cuyo número dependerá de lo estipulado por las partes en el convenio arbitral y, de no existir previsión alguna al respecto, el Reglamento se decanta por la designación de un árbitro único. En cuanto a la persona o personas que asumirán tales funciones, nuevamente ello dependerá de si existe o no un acuerdo previo sobre este particular, ya que de ser así, será respetado; mientras que, de no haberlo, generalmente se propone una terna de posibles árbitros. Para ello, se recurre fundamentalmente, aunque no de manera exclusiva, al censo de árbitros aprobado por el Patronato, para cuya inclusión es necesaria la acreditación de formación o experiencia en arbitraje, así como en las especialidades, con un máximo de tres, que hayan sido designadas por el candidato.

Nombrado el árbitro, se convoca a las partes, en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha designación, para la celebración de una comparecencia inicial. Dicha audiencia, que se registra en audio y video como la totalidad de las que tiene lugar en la sede del TAV, tiene como objetivo principal la sanación de cualquier irregularidad que pudiera haberse detectado hasta el momento y fijar las cuestiones esenciales del procedimiento, principalmente, el objeto y cuantía del arbitraje y el calendario a seguir.

De manera inmediata tras la mencionada comparecencia, se dará traslado al demandante para formalizar su demanda y, una vez presentada, se producirá el emplazamiento al demandado para presentar su correlativa contestación y, en su caso, reconvención. Tras ello, se llevará a cabo la proposición de prueba y, si la admitida tuviere carácter meramente documental sin necesidad de reclamarla de terceros, el árbitro concederá plazo para conclusiones y dictará el laudo; mientras que si se propusieren otro tipo de pruebas, se dispondrá lo necesario para su práctica, celebrándose audiencia para ello y formulándose en la misma las conclusiones orales, salvo que las partes de mutuo acuerdo hubieran acordado su presentación por escrito.

El laudo debe dictarse en el plazo máximo que hayan pactado los interesados y, en defecto de ello, dentro de los seis meses siguientes a la contestación de la demanda o, de haber existido, de la contestación a la reconvención.

Una de las singularidades más relevantes del procedimiento consiste en la posibilidad de acudir a una segunda instancia intra-arbitral, siempre y cuando las partes lo hubieran reflejado así en el convenio o lo hubieran decidido de mutuo acuerdo en cualquier momento con anterioridad a dictarse el laudo. Dicha

posibilidad no es frecuente en el ámbito arbitral (el clásico planteamiento del *one shot*), aunque tampoco desconocida en los reglamentos de algunas cortes internacionales y ha sido también acogida con posterioridad por alguna destacadísima corte española; su acogimiento no es obligatorio, sino que atiende fundamentalmente al principio cardinal del arbitraje, la autonomía de la voluntad, en respeto de la decisión de las partes que consideren conveniente dicha opción. De ser así, se nombrará uno o tres árbitros en función del número que haya participado en el procedimiento, debiéndose dictar el laudo en el plazo máximo de dos meses desde la aceptación.

Respecto a los costes del procedimiento, se acomodan a las tarifas aprobadas por el Patronato de la Fundación, revisadas con el paso del tiempo y publicadas para su conocimiento general por los interesados.

3. Perspectivas

El TAV es todavía una institución joven, a pesar de lo cual muestra signos de feliz evolución, como lo demuestra el incremento constante de los procedimientos arbitrales administrados. El compromiso de la institución es el de continuar con esa línea de crecimiento y de difusión de la cultura arbitral, con un objetivo fundamental, como es el de concienciar a los operadores jurídicos y económicos en general y a los letrados especialmente, de las ventajas que presenta este mecanismo de solución extrajudicial de conflictos, al igual que la mediación, ámbito éste en el que el ICAV se encuentra realizando asimismo un esfuerzo destacado.

(Autor: Manuel de Lorenzo Segrelles.
Ex Director del Tribunal Arbitral de Valencia).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEL DEPORTE (TAD)

1. Desarrollo histórico

A iniciativa de S.E. Juan Antonio SAMARANCH se creó en 1983 un organismo vinculado al Comité Olímpico Internacional («COI») denominado Tribunal de Arbitraje del Deporte («TAD») con sede en Lausana (Suiza). De esta manera, el COI ponía a disposición del público deportivo una institución de arbitraje cuyos miembros, profundos conocedores del deporte, podían aportar soluciones satisfactorias a sus conflictos.

Tras algunas críticas (*obiter dictum*) formuladas por el Tribunal Federal Suizo acerca de la independencia del TAD, en particular, cuando el COI era parte del litigio (durante la revisión de un laudo del TAD en el caso *Gundel vs. FEI* en 1992); la estructura inicial del TAD se vio modificada mediante el Convenio relativo a la constitución del Consejo Internacional del Arbitraje en materia deportiva («CIAS») emitido conjuntamente por el COI, la Asociación de Federaciones Olímpicas internacionales de deportes de verano («Asoif»), la Asociación de Federaciones Olímpicas internacionales de deportes de invierno («Aiowf») y la Asociación de los Comités Olímpicos Nacionales («Acno») el 22 de junio de 1994 (también conocido como «Convenio de París»).

En 1994, se determinó la organización actual del TAD mediante la aprobación de un Código de arbitraje en materia deportiva en el que se creó un órgano supremo a la cabeza del TAD: el CIAS, materializando así el Convenio de París. El CIAS es un organismo administrativo y de financiación del TAD cuya misión es salvaguardar la independencia del TAD en términos generales y particularmente frente al COI, así como garantizar los derechos de las partes y favorecer la resolución de los litigios en materia deportiva por medio del arbitraje.

En 2003, tras analizar la organización de las interrelaciones entre el ICAS y el TAD, el Tribunal Federal suizo reconoció la independencia del TAD, no sólo frente al COI, sino también frente a cualquiera entidad deportiva utilizando sus servicios.

Asimismo, actualmente la combinación estructural del CIAS con el TAD componen los dos órganos de la Corte de Arbitraje del Deporte (CAD) *lato sensu*, habida cuenta de que ambos organismos comparten competencia en la resolución de conflictos en materia deportiva por vía del arbitraje (véase la S1 del Código del arbitraje en materia deportiva).

2. Estructura y funcionamiento

El CIAS y el TAD componen los dos órganos de la Corte de Arbitraje del Deporte («CAD») *lato sensu*.

2.1. El CIAS

El CIAS (Fundación de Derecho Suizo) está compuesto por veinte profesionales del Derecho de reconocido prestigio que son designados de la siguiente manera:

a. Cuatro miembros designados por las Federaciones Internacionales (FI), tres de ellos por la Asoif y uno por la Aiowf. Son elegidos interna o externamente;

b. Cuatro miembros designados por la ACNO, elegidos interna o externamente;

c. Cuatro miembros designados por el COI, de entre sus miembros o del exterior;

d. Cuatro miembros designados por los doce anteriores que velarán por los intereses de los atletas;

e. Cuatro miembros designados por los dieciséis anteriores de entre personalidades independientes de los organismos que figuran en los apartados anteriores.

Los miembros del CIAS son elegidos por períodos renovables de cuatro años. Teniendo en cuenta el carácter independiente del organismo, dichos miembros no pueden figurar en la lista de árbitros del TAD ni tampoco actuar como consejeros de las partes en un proceso ante el TAD.

Las prerrogativas del CIAS son las siguientes:

a. Aprobar y modificar el Código del arbitraje en materia deportiva;

b. Designar a las personas que han de constituir la lista de árbitros del TAD;

c. Ejercer las funciones en materia de recusación y de revocación de los árbitros;

d. Asegurar la financiación del TAD: *i.e.*, recibir y gestionar los fondos que afecten a su funcionamiento, así como aprobar el presupuesto y las cuentas anuales del TAD;

e. Nombrar al secretario general del TAD;

f. Ejercer la supervisión sobre las actividades de la secretaría del TAD;

g. Proponer o implementar estructuras arbítrales regionales o locales permanentes o *ad hoc*;

h. Crear un fondo de asistencia para facilitar el acceso al arbitraje del TAD fijando las modalidades de su funcionamiento (dicho fondo existe y directivas oficiales entraron en vigor el 1 de septiembre de 2013 y han sido modificadas el 1 de enero de 2016. Hoy en día, el ICAS decide, o no, otorgar la asistencia sobre los siguientes criterios: ser una persona física, necesitar la asistencia de un abogado, no disponer de los medios financieros (ingresos y capital) para proceder ante el TAD y presentar una demanda de arbitraje (o de apelación) no desprovista de probabilidades de éxito).

i. Tomar las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos de las partes, así como para garantizar mejor la independencia absoluta de los árbitros del TAD y favorecer la resolución de los litigios en materia deportiva por la vía del arbitraje.

El CIAS debe, asimismo, elegir entre sus miembros y por un(os) período(s) renovable(s) de cuatro años, a:

a. Un presidente, tras consultar con los siguientes organismos: COI, Asoif, Aiowf y ACNO (el presidente del CIAS también es presidente del TAD);

b. Dos vicepresidentes, tras consultar con los siguientes organismos: COI, Asoif, AIOWF y ACNO;

c. El presidente de la Cámara de Arbitraje y el presidente de la Cámara de Apelación del TAD;

d. Los suplentes de los dos presidentes de Cámara.

2.2. El TAD

La CAD es una institución permanente de arbitraje, tal como la CCI o la AAA, pero especializada en la resolución de litigios en materia deportiva. Para cumplir con su misión, la CAD organiza grupos arbítrales encargados de resolver litigios a ellos sometidos. Cada grupo constituido por la CAD constituye, a su vez, un tribunal arbitral. Cuando hablamos de un «laudo del TAD» nos referimos, en realidad, a un laudo emitido por un grupo arbitral creado por la CAD. Este uso «abreviado» existe también en el ámbito de la CCI donde se habla frecuentemente de «laudos de la CCI», cuando en realidad los laudos son emitidos por un tribunal arbitral creado o confirmado por la Corte de Arbitraje de la CCI.

Aparte de esa precisión exclusivamente terminológica, el TAD se encarga de resolver por la vía del arbitraje (desde 1999 la mediación también es parte de las funciones del TAD, aspecto no tratado en esta contribución), los litigios que surgen en el deporte. El TAD cuenta para ello con una lista de árbitros que actúan en grupos arbitrales de uno o tres árbitros.

En el TAD existen dos Cámaras dirigidas cada una por un Presidente:

a. La Cámara Ordinaria (casos contractuales comerciales: por ejemplo, patrocinio, derechos de televisión, traspasos de atletas, relaciones entre jugadores, entrenadores y clubs, etc.);

b. La Cámara de Apelación (dopaje, violencia sobre el terreno de juego, insultos al árbitro, etc.).

El papel de los presidentes de Cámara consiste en dirigir las primeras operaciones del arbitraje desde su inicio hasta que el grupo arbitral haya sido constituido. Durante ese período los presidentes dictan frecuentemente órdenes de medidas cautelares o de efectos suspensivos e intervienen en la constitución de los grupos arbitrales. La dirección del proceso les corresponde a los árbitros de los grupos arbitrales, una vez hayan sido designados.

El TAD está compuesto por dichas Cámaras permanentes: la Ordinaria y la de Apelación:

a. La Cámara Ordinaria resuelve conflictos que han sido sometidos por vía del arbitraje ordinario en el cual el TAD actúa como única instancia;

b. La Cámara de Apelación dirime los litigios que por vía de apelación se le presenten (siempre que afecten a las decisiones de última instancia de las autoridades disciplinarias de las federaciones, asociaciones u otros organismos deportivos en la medida en que se encuentre previsto en sus estatutos o en un acuerdo explícito).

   Antiguamente, dichas Cámaras también estaban autorizadas a dar su opinión consultiva a petición del COI, de los Comités Olímpicos Nacionales (NOC), del Comité de Organización de los Juegos Olímpicos (COJO), de las FI, o de asociaciones reconocidas por el COI (por ejemplo, la Agencia Mundial contra el Dopaje (WADA), el Comité Paralímpico Internacional, etc.). Esa posibilidad, poco utilizada (ningún caso desde el año 2010), ha sido abrogada por el CIAS en la revisión del Código del arbitraje en materia deportiva del 1 de enero de 2012 (abrogación de los arts. R60-62, R66).

Además de las Cámaras permanentes, existen Cámaras *ad hoc* del TAD creadas a la ocasión de cada evento deportivo de importancia mayor. La primera Cámara *ad hoc* fue creada para solucionar litigios derivados de los Juegos Olímpicos de Atlanta en 1996. Las Cámaras *ad hoc* adoptan un proceso acelerado. Los árbitros están presentes en el lugar de los Juegos y pueden emitir un laudo en un plazo de veinticuatro horas. Desde 1996 varias Cámaras *ad hoc* han sido creadas para todos los Juegos Olímpicos de verano y de invierno, así como para los Juegos del *Commonwealth* desde 1998, el Campeonato Europeo de la UEFA desde 2000 y la Copa del Mundo de la FIFA desde 2006.

La lista cerrada de árbitros que forman parte del TAD deber ser aprobada por el CIAS. El CIAS se encarga de elegir a personas con formación jurídica y una competencia reconocidas en materia de deporte o de arbitraje internacional. Los árbitros del TAD son elegidos por un(os) período(s) renovable(s) de cuatro años y no pueden actuar como consejeros de las partes en un proceso ante el TAD.

El número de árbitros debe ser de ciento cincuenta como mínimo (cerca de trescientos en 2013) y han de representar equitativamente todos los continentes y culturas jurídicas. Cada cuatro años, a la hora de revisar la lista de los árbitros, el CIAS intenta aplicar las siguientes proporciones:

a. 1/5 de los árbitros escogidos de entre personas propuestas por el COI;

b. 1/5 de árbitros escogidos de entre personas propuestas por las FI;

c. 1/5 de árbitros escogidos de entre personas propuestas por los CNO;

d. 1/5 de árbitros escogidos, una vez realizadas las consultas pertinentes, para salvaguardar los intereses de los atletas;

e. 1/5 de árbitros escogidos de entre personas independientes de los organismos que figuran en los apartados anteriores.

Los árbitros no dependen de una Cámara particular del TAD. Pueden obrar tanto en grupos de arbitraje ordinario como de apelación arbitral. Todos los árbitros deben respetar reglas estrictas en materia de confidencialidad.

La sede del TAD se encuentra en Lausana (Suiza) al igual que la de sus tribunales (grupos arbitrales), si bien en circunstancias justificadas el Presidente del grupo arbitral o en su defecto el Presidente de la Cámara puede decidir, después de consultar a las partes, que la vista se celebre en otro lugar. Las lenguas de trabajo del TAD son habitualmente el inglés o el francés, pero se puede solicitar el acuerdo del grupo arbitral y de la secretaría del TAD para adoptar otro idioma; por ejemplo, el español.

3. Hechos y cifras

Es importante notar que desde que la FIFA acepto la jurisdicción del TAD en 2002, el TAD es competente para arbitrar litigios relacionados con el fútbol, lo que tuvo como consecuencia un incremento sustancial en el número de litigios sometidos al TAD.

Asimismo, desde su primer año de funcionamiento en 1984 hasta el 31 de diciembre de 2012, tres mil cuarenta y tres demandas de arbitraje han sido notificadas al TAD, incluyendo sus cámaras *ad hoc*. En 2012, se iniciaron trescientos setenta y cuatro arbitrajes (sesenta y dos ordinarios, trescientos uno de apelación y once *ad hoc*) ante el TAD, cuyos grupos arbitrales emitieron 90 laudos.

En 2013, la administración del TAD en Lausana cuenta con unas veinte personas y está compuesta de un secretario general, un director financiero y administrativo y nueve consejeros jurídicos asistidos por un secretariado. Cada entidad descentralizada (Nueva York, Sidney), creada para facilitar el acceso al TAD para las partes con domicilio en Oceanía y Norteamérica, cuenta con un secretario permanente. Recientemente, el CIAS comunicó su intención de establecer más entidades descentralizadas en otros continentes. En nuestra opinión, dicho objetivo, en combinación con el éxito de las Cámaras *ad hoc* del TAD, contribuirá considerablemente con el aumento de la notoriedad del TAD ante los atletas, los organismos deportivos, los profesionales del Derecho y la prensa en el mundo entero.

(Autor: Juan Carlos Landrove. Abogado colegiado en Ginebra, Madrid y Nueva York. Profesor adjunto (chargé de cours) de las Universidades de Ginebra y Lausana. Director del modulo «Derecho del deporte» y miembro del Comité científico del Master in Sports Administration del Aists).

Referencias normativas: Código del arbitraje en materia deportiva (*i.e.*, S1, S4, S5, S6, S9, S13, S16, S18, S19).

Referencias bibliográficas: Página web de la CAD (http://www.tas-cas.org). Baddeley, M. *La resolución de conflictos en el seno de una federación internacional*. Coloquio jurídico internacional FIBA, Deusto 1999, pp. 689-695. Blanco, E. y J. Carles. *Manual de la organización institucional del deporte*. Paidotribo, 1999. González de Cossio, F. *Arbitraje deportivo*. México D.F.: Porrúa 2006. Landrove, J.C. *Corte de Arbitraje del Deporte (CAD) de Lausana*. Collantes González, Jorge Luis (dir.). *Diccionario terminológico del arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, pp. 285-289. Landrove, J.C., L. Gabus y V. Oreamuno. «Panorama de jurisprudencia suiza». *Spain Arbitration Review*, n.° 12/2011, pp. 101-126. Noth M., A. Rigozzi, y E. Hasler. *Sports Arbitration under the CAS Rules*. Arroyo (ed.). *Arbitration in Switzerland-The Practicioner's Guide*. Londres: Kluwer, 2013. Reeb, M. *Le modèle de la Chambre ad hoc du TAS aux Jeux Olympiques-Aspects pratiques*. Rigozzi/Bernasconi. «The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport». *Weblaw*, 2007, pp. 177-186. Rigozzi, A. *L'arbitrage international en matière de sport*. Helbing & Lichtenhahn, 2005. Rigozzi, A., E. Hasler and B. Quinn. «The 2011, 2012 and 2013 revisions to the Code of Sports-related Arbitration». *Jusletter*, 3 junio 2013 (www.jusletter.ch).

Jurisprudencia seleccionada: Fallo del Tribunal Federal Suizo ATF 119 II 271 y ATF 129 iii 445, §3.3.4.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje deportivo. Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD). Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Arbitraje de equidad. Arbitraje de derecho.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL MERCOSUR

La Organización internacional del Mercado Común del Sur (Mercosur) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del Mercosur. Actualmente, este sistema se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, aprobado por la Decisión CMC n.º 37/03.

Debe indicarse que el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) no es un órgano judicial de carácter «permanente», sino que son los «integrantes» del TPR quienes «deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque» (art. 19). Dadas las amplias facultades que se reservan los Estados miembros del Mercosur en la designación de los árbitros que integran el TPR; en la elección de los árbitros que resolverán cada recurso concreto; y en la determinación de los criterios de funcionamiento del TPR, pese a su denominación, el TPR se configura como un tribunal arbitral de apelación («*Appeal Arbitral Court*») que puede constituirse en cualquier momento.

La composición del TPR es de cinco árbitros, de los que cada Estado miembro designa un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. Tres meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados miembros deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos (art. 18.5). En caso de expirar el período de actuación de un árbitro que se encuentre entendiendo de una controversia, éste deberá permanecer en funciones hasta su conclusión (art. 18.6).

La elección del quinto árbitro resulta más compleja. Deberá ser designado por un período de tres años, no renovable, salvo acuerdo en contrario de los Estados miembros. Deberá ser elegido por unanimidad de los Estados miembros, de entre los candidatos incluidos en una lista de árbitros, denominada «lista de quintos árbitros»; por lo menos, tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Si en el plazo previsto no se logra la unanimidad de los Estados miembros, su designación la realizará la Secretaría Administrativa del Mercorsur (SAM) en los dos días siguientes, por sorteo de entre los integrantes de la «lista de quintos árbitros». La «lista de quintos árbitros» se conformará con ocho integrantes, de los que cada Estado miembro propondrá dos, que deberán ser nacionales de los países del Mercosur.

El Protocolo de Olivos contempla la posibilidad de que, una vez concluida la fase de negociaciones directas sin que se haya resuelto una controversia, las partes pueden recurrir directamente al arbitraje y pueden también «acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al TPR, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal arbitral *ad hoc*» (art. 23) (véase la voz «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur»). Los laudos del TPR, cuando actúe como tribunal de primera instancia, no son susceptibles de ulterior recurso ante ningún tribunal.

Al margen de este supuesto excepcional, el TPR es una tribunal de apelación, ya que «cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al TPR, contra el laudo del tribunal arbitral *ad hoc*, en un plazo no superior a quince días, a partir de la notificación del mismo» (art. 17.1). No obstante, no todos los laudos (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur») de los tribunales arbitrales *ad hoc* pueden ser recurridos ante el TPR: existen excepciones y límites. Están excluidos los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* que decidan una controversia *ex aequo et bono*; es decir, según equidad (art. 17.3). Respecto de los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* fundados en Derecho, sí cabe el recurso de revisión contra los mismos, siempre que el recurso se limite a «las cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del tribunal arbitral *ad hoc*» (art. 17.2). Por lo tanto, no cabe recurrir en revisión las controversias sobre los hechos.

Cabe distinguir entre el funcionamiento ordinario y el extraordinario del TPR. En lo que respecta a su funcionamiento ordinario, prima la regla de la autonomía de la voluntad de los Estados miembros del Mercosur, quienes de común acuerdo podrán definir los «criterios» para el funcionamiento del TPR (art. 20.3). Si no ejercen esta opción, el funcionamiento ordinario del TPR variará en función del número de Estados miembros del Mercosur afectados por la controversia. Si una controversia sólo afecta a dos Estados miembros, se puede considerar que el TPR funciona en «salas», ya que en estos casos el TPR estará integrado únicamente por tres árbitros. Dos de ellos serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará por el Director de la SAM al día siguiente de la interposición del

recurso de revisión, de entre los árbitros restantes del TPR que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia (art. 20.1). Cuando la controversia involucre a más de dos Estados miembros del Mercosur, se puede considerar que el TPR funciona en «plenario», ya que estará integrado por los cinco árbitros (art. 20.2).

En nuestra opinión, esta diferencia de funcionamiento en «salas» (compuestas por tres árbitros) y «plenario» (compuesto por cinco árbitros) puede significar en la práctica la frustración del objetivo que se persiguió al crear el TPR: garantizar una interpretación uniforme de la normativa del Mercosur. Hasta ahora, todas las controversias que se han sometido a los tribunales arbitrales *ad hoc* han sido controversias entre dos Estados miembros, por lo que su funcionamiento ha sido en «salas» de tres árbitros. Con un TPR funcionando con una composición de tres árbitros, que en integraciones sucesivas y diferentes pueden no adoptar los mismos criterios, se hace evidente el riesgo de no lograr la pretendida interpretación uniforme de la normativa del Mercosur, máxime cuando no existe previsión alguna de un recurso de armonización de doctrina judicial ante el «plenario» del TPR.

Respecto del funcionamiento extraordinario del TPR, el art. 24 del Protocolo de Olivos dispone que el Consejo del Mercado Común (CMC) «podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes». Esta sucinta disposición, que se ha desarrollado en la Decisión CMC n.º 23/04, merece dos comentarios. En primer lugar, se ha de destacar la amplia delegación legislativa que se realiza a favor del CMC, quien deberá determinar: a) qué se entiende por «casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes»; b) cuáles son los «procedimientos especiales» para estos casos excepcionales de urgencia; y c) cuál será la composición del TPR (3,5 árbitros o un número diferente) que conocerá de los mismos. Algunos de estos extremos debieron quedar fijados en el Protocolo de Olivos.

En segundo lugar, cabe preguntarse por la razón de ser de la previsión de estos «procedimientos especiales». Conforme al sistema de solución de controversias diseñado por el Protocolo de Olivos, existe una primera fase de negociaciones directas entre las partes, en una controversia que no se puede obviar, ni siquiera en estos casos «urgentes». Una vez concluidas las mismas en un plazo de quince días, si una de las partes entiende que hay urgencia en su solución, puede recurrir unilateralmente al arbitraje. Es más, tiene dos opciones. Si opta por la creación de un tribunal arbitral *ad hoc*, el art. 15 permite a los tribunales *ad hoc* dictar las medidas provisionales que consideren apropiadas «a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación puede ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia». Por lo tanto, en este caso, la previsión del art. 24 de unos «procedimientos especiales» ante el TPR, para casos que pudieran ocasionar «daños irreparables», carece de sentido. Como alternativa al establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc*, existe la opción, por mutuo acuerdo, de someterse directamente, y en instancia única, al TPR. Pero, también esta previsión, contemplada en el art. 23, expresamente incluye la potestad del TPR de dictar medidas provisionales como si de un tribunal arbitral *ad hoc* se tratara. Entendemos que en estas circunstancias es lícito cuestionar el sentido de la previsión del art. 24.

Con independencia de que el TPR tenga un funcionamiento ordinario o extraordinario, el alcance de su pronunciamiento podrá «confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del tribunal arbitral *ad hoc*». Como corresponde a un tribunal de instancia superior, los laudos del TPR serán definitivos y prevalecerán sobre los de los tribunales arbitrales *ad hoc* (art. 22).

Cabe señalar, finalmente, que el Protocolo de Olivos también delegó en el CMC la posibilidad de «establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR, definiendo su alcance y sus procedimientos» (art. 3). El CMC concretó esta previsión en el Reglamento del Protocolo de Olivos. Tienen legitimidad para solicitar opiniones consultivas todos los Estados miembros del Mercosur actuando conjuntamente, los órganos decisorios del Mercosur, los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados miembros y el Parlamento del Mercosur. La opinión consultiva deberá referirse necesariamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur. Para emitir tales opiniones, el TPR actuará en «plenario», disponiendo de un plazo máximo improrrogable de cuarenticinco días. Lo más criticable de esta novedad reglamentaria es el alcance de los efectos de las opiniones consultivas, que nunca serán vinculantes ni obligatorias, ni siquiera para quienes las solicitaron.

(Autor: Valentín Bou Franch, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia. OrcidId: 0000-0002-4046-6337).

Referencias bibliográficas: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el Mercosur». En Bou Franch, Valentín (coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controver-

sias en el Mercosur». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2, 2007, pp. 257-308. Rey Caro, E. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

Vocablos conexos: Laudos arbitrales en el Mercosur. Medidas compensatorias en el Mercosur. Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur.

Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán

El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán (en lo sucesivo, el «Tribunal») es un organismo internacional creado por los acuerdos que Irán, los Estados Unidos y Argelia (que actuaba con intermediario) alcanzaron el 19 de enero de 1981 y a los que popularmente se conoce como Acuerdos de Argel. Estos Acuerdos comprenden una Declaración General y una Declaración sobre Resolución de Disputas.

Aunque la naturaleza jurídica del tribunal ha estado sujeta a algún debate, hoy en día es casi unánimemente aceptado que se trata de un tribunal arbitral (no de una corte o juzgado internacional) cuyos laudos son ejecutables de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958.

La jurisdicción del tribunal es limitada y se extiende sólo a ciertos eventos que guardan relación con la revolución iraní de 1979. La revolución llevó a la instauración de un nuevo gobierno religioso-nacionalista, que procedió a expropiar inversiones efectuadas por compañías de los Estados Unidos, un país al que se acusaba de haber interferido excesivamente en los asunto del Irán prerrevolucionario. Cuando el depuesto Shah de Persia recibió asilo en los Estados Unidos, el sentimiento antiamericano en Irán se exacerbó, el programa expropiador se aceleró y se produjo una oleada de manifestaciones antiestadounidenses en las principales ciudades del país. Las manifestaciones llegaron al extremo de que un grupo de «estudiantes» ocupó la embajada estadounidense en Teherán y retuvo durante meses a quienes se encontraban en ella. El gobierno de los Estados Unidos procedió, entonces, al embargo de cuentas corrientes y otros bienes y derechos del gobierno iraní que se encontraban en los Estados Unidos. Inmediatamente después, diversos juzgados estadounidenses autorizaron a que las cantidades embargadas por el gobierno estadounidense les fueran entregadas como resarcimiento a algunos inversores que así lo habían solicitado y que habían sido expropiados por el gobierno iraní.

Entre otras cuestiones, los Acuerdos de Argel trataron de ordenar la relativamente confusa situación jurídica que todos estos eventos habían producido. Más en concreto, los Acuerdos dispusieron en primer lugar que Irán liberara a los rehenes de la embajada, a cambio de que Estados Unidos alzara todos los embargos sobre bienes y derechos iraníes.

En segundo lugar, los Acuerdos dispusieron que quedaran revocados y sin efecto todos los procedimientos judiciales que los inversores expropiados hubieran iniciado en los juzgados estadounidense para obtener compensación. Los inversores que hubieran recibido una compensación dineraria a través de estos procedimientos fueron obligados a devolverla.

En tercer lugar, Irán y Estados Unidos desistieron de las reclamaciones recíprocas que habían intercambiado hasta la fecha por los eventos que se acaban de referir.

En cuarto lugar, y como contrapartida a todas las concesiones anteriores, se creó el tribunal. Los Acuerdos establecieron que, como regla general, el tribunal tuviera jurisdicción *ratione personae* para resolver reclamaciones de nacionales estadounidenses frente a Irán y de nacionales iraníes frente a los Estados Unidos. Por su parte, la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal establecida por los Acuerdos de Argel se extendía a disputas sobre deudas, contratos, expropiaciones y otras medidas que afectaran al derecho de propiedad como consecuencia de los antecedentes recién explicados. Esto suponía que en la práctica, los inversores expropiados que habían recibido compensación a través de los juzgados estadounidenses y que luego habían devuelto esa compensación, tenían ahora la posibilidad de formular sus reclamaciones ante el tribunal. Igualmente, los inversores expropiados o agraviados que aún no hubieran formulado reclamaciones, podían plantearlas ante el tribunal. Además, el tribunal quedaba investido con jurisdicción para resolver disputas económicas entre instituciones bancarias de los Estados Unidos y de Irán y entre el gobierno de Irán y el de Estados Unidos, siempre que esas disputas se refirieran a los eventos relacionados con la revolución o a la interpretación misma de los Acuerdos de Argel.

Una vez resueltas las cuestiones anteriores, la sede del tribunal quedó establecida en La Haya y la primera sesión del tribunal se celebró allí el 1 de julio de 1981.

El tribunal sigue activo al día de hoy y está compuesto por nueve árbitros que son renovados periódicamente. A tres de ellos los nombra Irán, a otros tres Estados Unidos y a los tres restantes, que no pueden ser nacionales ni de Irán ni de Estados Unidos, los nombran los seis primeros árbitros.

El tribunal se divide en tres cámaras y cada cámara la integran un árbitro iraní, uno estadounidense y otro perteneciente al grupo que tiene una nacionalidad distinta de la iraní y de la estadounidense. La cámaras resuelven como regla las disputas planteadas por particulares; y el pleno de nueve árbitros sólo resuelve o bien disputas entre los gobiernos o bien disputas que por les hayan sido referidas por una cámara por alguna razón.

Las reclamaciones de particulares ante el tribunal tenían que ser interpuestas antes del 19 de enero de 1982. En total, el tribunal recibió, aproximadamente, 4.700 reclamaciones provenientes de particulares, muchas de ellas (aproximadamente, 2.800) con un valor inferior a los 250.000 dólares. En laudos dictados resolviendo estas reclamaciones, el tribunal ha ordenado hasta la fecha que Irán pague algo más de 2.500 millones de dólares a nacionales estadounidenses. En la actualidad, la gran mayoría de las reclamaciones formuladas por particulares han quedado resueltas y el tribunal trabaja, principalmente, en algunas reclamaciones intergubernamentales que quedan pendientes en relación con la interpretación de los Acuerdos de Argel.

Por lo que se refiere a su modo de trabajo, el tribunal adoptó el 3 de mayo de 1983 un Reglamento de Procedimiento que se inspira muy directamente en el Reglamento de Arbitraje de Uncitral de 1976. Es tal la proximidad entre los dos textos, que cuando el tribunal ha dictado decisiones públicas en cuestiones procesales, esas decisiones han sido con frecuencia utilizadas como criterio interpretativo del Reglamento Uncitral de 1976.

Ahora bien, existen diferencias, en ocasiones significativas, entre el Reglamento de Procedimiento del Tribunal y el Reglamento Uncitral de 1976. Así, por ejemplo, el art. 13 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal establece que un árbitro que haya dimitido del tribunal deberá, en todo caso, continuar actuando como tal hasta que se resuelvan los arbitrajes en cuyas audiencias de fondo el árbitro ya haya participado. En cambio, al amparo del Reglamento Uncitral de 1976, la dimisión de un árbitro suele ser efectiva inmediatamente.

Por lo que se refiere al Derecho sustantivo que aplica el tribunal para resolver reclamaciones, el art. v de la Declaración sobre Resolución de Disputas dispone lo siguiente:

> The tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances.

Lo cual, traducido, significa que:

> El tribunal decidirá todos los casos sobre la base del respeto al derecho, siguiendo la elección de normas legales y principios de derecho comercial e internacional que el tribunal determine que resultan aplicables, teniendo en cuenta los usos mercantiles relevantes, las cláusulas contractuales y los cambios en circunstancias.

En cuestiones de Derecho internacional público las decisiones del tribunal gozan de notable peso y autoridad y durante años –y hasta la reciente eclosión de arbitrajes en el Ciadi y de arbitrajes tramitados bajo tratados de inversión– constituían la principal y casi única guía jurisprudencial reciente en temas de expropiación.

La mayoría de los laudos del tribunal sobre cuestiones de fondo y jurisdiccionales son públicos.

(Autor: Aníbal Sabater. Chaffetz Lindsey. Nueva York).

Referencias bibliográficas: Caron, David D. «The Nature of the Iran-United States Claims tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution». *Am. J. Int'l L.*, 1990, pp. 84 y ss. Bockstiegel, Karl-Heinz. «Applying the Uncitral Rules: The Experience of the Iran-United States Claims tribunal». En 4 *Int'l Tax & Bus. Law*, 1986, pp. 266 y ss.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (EN ESPAÑA)

Órgano jurisdiccional que se halla integrado en la actual planta judicial española y que va a conocer de las demandas de anulación que se planteen contra los laudos arbitrales.

El art. 8.5. de la ley de arbitraje (LA) dispone que el conocimiento de la anulación del laudo arbitral va a corresponder a los Tribunales Superiores de Justicia del lugar [de la Comunidad Autónoma] en que se haya pronunciado el laudo arbitral. Se descarta que el órgano competente para conocer de la anulación del laudo arbitral sea el Tribunal Supremo (TS); órgano excesivamente alejado del justiciable y que no facilita la inmediación propia de la técnica arbitral. Tampoco contribuye a la aceleración de la respuesta jurisdiccional en el arbitraje. No obstante, no hay que dudar acerca de que la jurisprudencia emanada del TS en las últimas décadas de aplicación de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (en adelante, LAP) ha sido un instrumento de trabajo inestimable respecto de las importantes orientaciones que, ya el TS, había establecido sobre el régimen de actuación y de contenido del arbitraje que regulaba la LAP de 1953.

La diversa orientación relativa a que sean los Tribunales Superiores de Justicia y no el TS quienes conozcan de la anulación del laudo arbitral no tiene por qué producir una jurisprudencia dispar, tampoco ahora con la vigente LA y, si, en todo caso, se produce, bienvenida sea si respeta el tratamiento cercano e inmediato que pueda precisar el arbitraje para cada caso en particular, aunque es conveniente que la deseada justicia intrínseca de esa jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia [como no puede ser de otra manera por tratarse de órganos jurisprudenciales de probada profesionalidad], las debe abocar a una unificación formal y sustantiva para no crear inseguridad jurídica.

No se comparten, por tanto, los temores de BARONA VILAR que postulaba, ya con la vigencia de la LA de 1988, la uniformidad jurisprudencial del TS en la materia. La idea, desde luego, no es nueva. También la postuló ORTIZ NAVACERRADA.

Para que se vea por dónde van mis tiros, propongo no airear, como hizo ORTIZ NAVACERRADA, con la vigencia de la LA de 1988, que las Audiencias Provinciales originan una «pérdida de la unidad jurisdiccional». Esa supuesta «pérdida» no es determinante cuando, frente a ella, se postulan unos órganos jurisdiccionales colegiados de probada profesionalidad, que no es ningún demérito respecto de la «unidad jurisdiccional» de un único órgano jurisdiccional que actúa, por ese único motivo, con el apelativo de «Supremo». Los órganos jurisdiccionales colegiados han evidenciado, como regla general, que no han caído en el «provincianismo jurisdiccionalista» y que han sido proclives a la postulación de doctrinas muy uniformes. Tanto o más uniformes que en otras materias como pueden ser, por poner un ejemplo, las matrimoniales, en las que tampoco existe un órgano que, con el carácter de Supremo, unifique doctrina.

No se vaya a creer, sin embargo, que con eso abrimos la ventana a un modesto huésped que se pretende despachar por la puerta. Un examen de la jurisprudencia arbitral corrobora lo que se afirma, por lo que no se puede compartir que, generalísticamente y en materia de arbitraje, no exista unidad de criterio, tal y como postula HINOJOSA SEGOVIA.

Lo cual no es fácil de digerir. Lo sé. Seguramente porque no podemos quitarnos de la cabeza que, en la interpretación del Derecho, el juez o magistrado es el *dominus* absoluto, desvinculado, por tanto, de las propuestas interpretativas de las partes. Para entendernos: primero, el juez o magistrado no está obligado a elegir una de las dos interpretaciones alternativas defendidas por las partes, es libre de adoptar una tercera; segundo, el juez o magistrado puede acoger una de las dos interpretaciones esgrimidas por las partes, pero por razones distintas a las dadas por la parte patrocinadora.

No obstante, no debe olvidarse que la gente no litiga por ver quién interpreta correctamente una disposición legal, como si se tratara de un concurso de listos. No. El objeto que enfrenta a las partes es, sin duda, más prosaico.

A través del excurso de los anteriores renglones deseo poner de manifiesto algo evidente: que el ámbito funcional de los órganos jurisdiccionales colegiados, para conocer de la denominada «acción de anulación» [unida al ámbito territorial del pronunciamiento del laudo arbitral], es determinante para plantear la anulación del laudo arbitral.

Y lo diré. Ese carácter determinante supone que, si en la notificación del laudo arbitral no se hace constar ante qué órgano debe presentarse la anulación del laudo arbitral, no es posible que, en el desconocimiento básico de trámites jurisdiccionales, se justifique en un vicio formal de notificación, que no es intrascendente

en orden a exculpar la presentación extemporánea de la petición de anulación del laudo arbitral. Es la tesis que planteó el ponente Saborit Marticorena con la vigencia de la LA de 1988.

Decía: «La primera cuestión que debe resolverse [...] es el de comprobar si el recurso de anulación ha sido interpuesto dentro del plazo y en las condiciones establecidas por la Ley [...] de Arbitraje. Sobre este particular, el art. 46 –es un precepto de la LA de 1988– de este texto legal establece que el conocimiento del recurso de apelación corresponderá a la Audiencia Provincial del lugar en donde se hubiera dictado el laudo. 2. El recurso se interpondrá por medio de un escrito motivado que habrá de ser presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración a que se refiere el art. 36, si alguna de las partes la hubiera solicitado. 3. En dicho escrito se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente, añadiendo el art. 47.1 que al escrito del recurso se acompañarán los documentos justificativos del convenio y del laudo arbitral. En el escrito del recurso dirigido a la Sección de lo Civil que por turno corresponda de la Audiencia Provincial, se alega que ha sido presentado el recurso de anulación del laudo el 26 de enero de 1996, notoriamente fuera del plazo de diez días, a contar del siguiente a la notificación del laudo, que fue el 25 de julio de 1995, porque esta notificación carecía de validez, al no haberse indicado [...] ante qué órgano debía ser presentado y, por eso, ignorando la parte este dato fundamental, se presentó el recurso ante la misma Junta Arbitral que lo dictó: el 4 de agosto de 1995. Segundo.- La alegación debe rechazarse porque, si bien es cierto que en la notificación del laudo no se hizo constar contra qué órgano debía presentarse el recurso de anulación, también lo es que se dijo que cabían únicamente contra el laudo los recursos de anulación y de revisión con cita para el primero de los arts. 45 y siguientes, y del art. 37, para el segundo, ambos de la Ley n.º 36/1988 del 5 de diciembre de 1988, con indicación de que había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, y siendo Letrado el que firmó el escrito del recurso de anulación presentado el 4 de agosto, quien tuvo que consultar la ley citada para comprobar el plazo para recurrir, no puede apoyarse en ese vicio formal de la notificación que es intrascendente cuando se le estaban ofreciendo los preceptos legales que regulaba el recurso de nulidad, por lo que el error cometido no era de la notificación la que proporcionaba todos los datos necesarios para la interposición del recurso y reunía así los requisitos del art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los que no se trasladaron a la Ley de Arbitraje, sino del propio letrado, reducido el error no sólo a la equivocación del órgano ante el que se presentó el recurso sino al órgano judicial que debía decretar la nulidad del laudo que entendió que era la misma Junta Arbitral y así solicitó ante ésta la nulidad, sin indicación alguna de la Audiencia Provincial de Madrid que es el competente con arreglo a la ley ni de que se enviara el escrito a este tribunal –énfasis mío–. Las equivocaciones expuestas extensivas, al error acerca de la Consejería de la Comunidad de que dependía la Junta Arbitral, resultan, inexcusables para el letrado y trascienden a la parte en cuyo nombre se actuaba y no puede alegarse indefensión que podría haberse evitado con la diligencia –énfasis, de nuevo, mío– que podía exigirse al firmante del escrito por su condición personal. Tercero.- Por consiguiente, el recurso de anulación presentado y dirigido a la Audiencia Provincial con tanta dilación cuando el error tuvo que descubrirse al conocer que se había pedido por la contraria la ejecución del laudo desde mediados del mes de octubre de 1995, no debió ser admitida a trámite pero al haberse hecho, la causa de inadmisión se convierte ahora en causa de desestimación, lo que lleva consigo el mantenimiento del laudo» [Saborit Marticorena, F. SAPM de 28 de enero de 1997, en RVDPA, 3, 1997, § 149 (pp. 649 y 650)].

Y, claro está, el control jurídico así prospectado presupone que, en la actuación letrada –vamos, del abogado incauto jurídicamente–, figuran expresamente los criterios de orden jurisdiccional que justifican su imprudencia profesional.

(Autor: Antonio María Lorca Navarrete. Catedrático de Derecho procesal de la Universidad del País Vasco. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje).

Referencias bibliográficas: Barona Vilar, S. «El recurso de anulación del laudo arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-89 (p. 119). Hinojosa Segovia, R. «Arbitraje nacional: la experiencia española». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999 (p. 363). Lorca Navarrete, A.M.ª *La anulación del laudo arbitral*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Corte Vasca de Arbitraje, 2008. Ortiz Navacerrada, S. «La Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje: Aspectos procesales». *Actualidad Civil*, 1989-1, (p. 161).

Vocablos conexos: Acción de nulidad. Asistencia judicial. Impugnación del laudo arbitral. Laudo.

Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur

La Organización Internacional del Mercado Común del Sur (Mercosur) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del Mercosur. En el momento presente, este sistema se encuentra

regulado en el Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 para la solución de controversias en el Mercosur (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, que fue aprobado por la Decisión n.° 37/03 del Consejo del Mercado Común (CMC).

Al procedimiento arbitral sólo pueden acceder los Estados miembros del Mercosur que sean parte en una controversia sobre el Derecho del Mercosur que no haya sido resuelta por ningún otro procedimiento de solución previsto en el Protocolo de Olivos (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur»). En este supuesto, estamos ante un procedimiento jurisdiccional que, en primera instancia se planteará ante un tribunal arbitral *ad hoc*, cuyo laudo arbitral (*arbitral award*) podrá recurrirse ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) (véase la voz «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»).

En la etapa inicial del procedimiento arbitral tiene una función primordial la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), a quien corresponde recibir las comunicaciones de los Estados miembros que decidan recurrir al arbitraje; notificar inmediatamente de ello al Estado o Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común; así como las gestiones administrativas que sean necesarias para el desarrollo del procedimiento arbitral (art. 9).

La jurisdicción de los tribunales arbitrales *ad hoc* que se creen es obligatoria automáticamente. Su composición es siempre de tres árbitros. Cada parte en la controversia designará un árbitro titular y otro suplente, que actuará para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. El árbitro titular y el suplente deben extraerse de una primera lista de cuarentiocho árbitros (ya no cuarenta, como en el anterior Protocolo de Brasilia de 1991 para la solución de controversias en el Mercosur), en la que cada Estado miembro del Mercosur designa a doce de ellos. En caso de que un Estado parte en la controversia no designe a sus dos árbitros (titular y suplente) en el plazo de quince días, contados desde la fecha de la comunicación de la SAM de la decisión de un Estado miembro de recurrir al arbitraje, la SAM dispone de dos días para designarlos por sorteo de entre los árbitros propuestos por ese Estado miembro a la primera lista de árbitros.

Más compleja resulta la regulación de la elección del tercer árbitro, que desempeñará la presidencia de cada tribunal arbitral *ad hoc* que se cree. Los Estados partes en la controversia disponen del mismo plazo de quince días para designar, de común acuerdo, a un tercer árbitro y a su suplente, cuya actuación está igualmente prevista para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. La elección, por común acuerdo, del tercer árbitro y de su suplente, está sometida a dos requisitos, como son el no poder ser nacional de ninguna de las partes en la controversia, requisito que no se exigía en el anterior Protocolo de Brasilia, y el tener que ser elegido de una segunda lista de árbitros conocida como «lista de terceros árbitros». Para la constitución de esta segunda lista, cada Estado miembro propondrá cuatro candidatos para integrar la «lista de terceros árbitros». Llama la atención que, al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado miembro para esta lista, no deba ser nacional de ninguno de los Estados miembros del Mercosur. Este elemento de «extranjería» respecto del Mercosur puede crear problemas prácticos en la designación de terceros árbitros, ya que absolutamente todos los árbitros deben ser «juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur» (art. 35).

Curiosamente, si en el plazo previsto no se llega a un común acuerdo para la designación del tercer árbitro y de su suplente, no por ello la SAM adquiere competencias automáticas para su designación supletoria. Sólo si una parte en la controversia lo solicita, y no hay previsión de plazo para ello, la SAM procederá a su designación (sin que exista tampoco ningún plazo previsto para que así lo haga) por sorteo de entre la «lista de terceros árbitros», una vez excluidos los nacionales de los Estados parte en la controversia. Esta parca reglamentación crea facultades dilatorias y de bloqueo en la constitución de cada tribunal arbitral *ad hoc*, que no cuadran bien con la perentoriedad de los plazos de los diversos procedimientos de solución de controversias del Mercosur. Complica esta situación el que la SAM sólo pueda designar por sorteo al tercer árbitro titular y no a su suplente. La designación supletoria por la SAM del tercer árbitro suplente tampoco estuvo prevista en el anterior Protocolo de Brasilia y también fue su Reglamento el que suplió esta laguna. Esta situación se debió haber corregido en el Protocolo de Olivos. Los designados como terceros árbitros disponen de un plazo máximo de tres días para comunicar, suponemos que a la SAM, la aceptación de su designación para actuar en una controversia. Esta previsión no existe para el caso de los árbitros designados unilateralmente por las partes en la controversia.

Respecto de las dos listas de árbitros mencionadas, el Protocolo de Olivos introduce una novedad hasta ahora desconocida en la práctica del arbitraje internacional entre Estados. Así, respecto de la primera lista de 48 árbitros, cada Estado, al designarlos, debe notificar el *curriculum vitae* detallado de sus candidatos a la SAM y a los demás Estados miembros del Mercosur. La novedad consiste en que se concede a cada Estado

miembro la posibilidad de «solicitar aclaraciones» sobre las personas designadas por otros Estados miembros, durante un plazo de treinta días. En nuestra opinión, tan parca reglamentación no deja de suscitar interrogantes en una materia que normalmente queda a la discrecionalidad exclusiva del Estado que los designa, pues no se indica cuáles son las consecuencias de que se soliciten tales «aclaraciones», ni si hay obligación de respuesta y el plazo para ello, ni los aspectos de la persona de los árbitros sobre los que se pueden solicitar «aclaraciones». El Reglamento del Protocolo de Olivos únicamente añade que estas «aclaraciones […] deberán ser respondidas» por el Estado miembro que los designó, en un plazo de quince días (art. 22). No se prevé consecuencia alguna, ni de las aclaraciones solicitadas, ni de las respuestas emitidas. Además, aunque se establece que la SAM tiene la obligación de notificar a todos los Estados miembros la lista consolidada de árbitros, el hecho de que algún Estado solicite «aclaraciones» introduce, en nuestra opinión, un elemento de incertidumbre acerca del momento en el que se debe considerar consolidada la lista definitiva de árbitros.

Respecto de la «lista de terceros árbitros», ocurre algo similar, ya que la Presidencia *Pro Tempore* deberá notificarla a los demás Estados miembros, acompañada de las respectivas currículas. También todos los Estados miembros disponen de un plazo de treinta días para «solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados miembros o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados». Las dudas indicadas anteriormente para la primera lista de árbitros se vuelven a repetir, aunque al menos en este caso sí se indica que las «aclaraciones» u «objeciones» deben referirse a las condiciones que deben cumplir todos los árbitros, previstas en el art. 35 del Protocolo de Olivos. No obstante, en este caso, las dudas se agravan porque en el supuesto de que se presenten objeciones, si no se llega a una solución con el Estado proponente en un plazo de treinta días, «prevalecerá la objeción». Solución que en nuestra opinión parece algo radical, ya que si el Estado objetor se mantiene inflexible, se le está reconociendo por esta vía un auténtico derecho de veto.

En materia de procedimiento arbitral no ha habido grandes progresos. Cada tribunal arbitral *ad hoc* que se constituya dictará sus propias reglas de procedimiento, tomando como referencia las Reglas Modelo cuya aprobación se delega en el CMC y que se concretaron en la Decisión CMC n.º 30/04. Las reglas que se adopten en cada caso deben garantizar que cada una de las partes en la controversia «tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos», asegurando, además, que los procesos se realicen de forma expedita (art. 51). Existen algunas indicaciones adicionales. Por ejemplo, conforme al art. 14, los escritos de demanda y de respuesta deben informar al tribunal arbitral *ad hoc* de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y contener una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de las respectivas posiciones. En estos escritos debe quedar definitivamente fijado el objeto de la controversia, que debe coincidir con las cuestiones que fueron consideradas en las etapas anteriores. Todos los tribunales arbitrales *ad hoc* podrán, a instancia de parte, dictar medidas provisionales si existe riesgo de ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia. Estas medidas provisionales, si se recurre en revisión, se mantendrán hasta que el TPR resuelva sobre ellas en su primera reunión (art. 15). El plazo para dictar el laudo arbitral (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur») es de sesenta días, prorrogable por decisión del tribunal por un plazo máximo de treinta días (art. 16).

Los tribunales arbitrales *ad hoc* tienen la facultad de dictar su laudo sobre la base del Derecho (normativa del Mercosur y principios y disposiciones del Derecho internacional aplicables en la materia, *ex* art. 34) o de decidir la controversia *ex aequo et bono*; es decir, según equidad, si las partes así lo acuerdan.

(Autor: Valentín Bou Franch, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Valencia. OrcidId: 0000-0002-4046-6337).

Referencias bibliográficas: Amin, Daniel y Sandra Picart. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el Mercosur». En Bou Franch, Valentín (coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el Mercosur». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.° 2, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. Martínez Puñal, Antonio. «El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en Mercosur: una reforma en clave continuista». *Anuario de Derecho Europeo*, 2003, n.° 3, pp. 177-198. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.° 3, pp. 69-105.

Vocablos conexos: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el Mercosur. Medidas compensatorias en el Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur.

U

USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES

1. La noción de usos y costumbres mercantiles

En Derecho común, existen importantes debates sobre la distinción entre el «uso» y la «costumbre». La teoría tradicional distingue el «uso», que todavía no ha adquirido la calidad de regla jurídica, y la «costumbre», que beneficia de un reconocimiento normativo. Tal distinción se basa en el hecho de que la costumbre, a la diferencia del uso, consiste en la repetición *general, uniforme y constante* de una práctica que permite una *opinio iuris*, es decir, la convicción que tal práctica reviste un carácter obligatorio para los sujetos de derecho.

Sin embargo, en el ámbito mercantil, tal distinción parece ser inoperante. Los «usos» pueden tener un valor verdaderamente jurídico como la costumbre. En la práctica, tanto al nivel nacional como internacional, el legislador, el juez y la doctrina utilizan de manera indistinta «uso» y «costumbre» para referirse a hábitos comerciales que, a fuerza de su utilización repetida, han llegado a adquirir fuerza jurídica. Los dos se refieren a la repetición de prácticas que participan a la creación de un Derecho «espontáneo» (DEUMIER, P. *Le droit spontané*. Economica, 2002); es decir, un Derecho que nace de la práctica. De este modo, el rasgo característico de los usos mercantiles, tanto internos como internacionales, es el carácter obligatorio para las partes. Sólo una manifestación de voluntad contraria por parte de ellas puede descartar la aplicación de dichas reglas.

Los escenarios propicios al desarrollo de esas «prácticas repetidas dotadas de fuerza jurídica» son aquellas tierras en las cuales el orden público es menos invasivo, existe una fuerte necesidad de reglas técnicas y el ámbito es homogéneo. En consecuencia, el ámbito mercantil es idóneo para la consagración de usos como fuente autónoma de Derecho.

La noción de «usos y costumbres mercantiles» debe distinguirse de los usos establecidos entre las partes durante la relación contractual. Tal distinción esta puesta de manifiesto en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. El art. 9. 1 establece que «Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas». Se hace referencia a los hábitos que obligan a las partes sin acuerdo expreso. Estos usos son prácticas propias de las partes, nacidas en el microcosmo de sus relaciones comerciales. No están sujetos a generalización. Tal uso puede ser útil cuando un juez o un árbitro debe interpretar la voluntad de las partes y determinar sus expectativas legítimas.

El art. 9.2 de dicha convención introduce la noción distinta de «usos mercantiles». En este sentido, prevé que «salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate». Esta disposición hace referencia tanto a los usos generalmente seguidos en una comunidad determinada de comerciantes, tales como los usos de los profesionales del comercio de cereales o los usos del comercio marítimo, como de los usos del comercio internacional, común a la comunidad de los comerciantes internacionales. El «uso mercantil» tiene la particularidad de desbordar el estrecho círculo de los dos contratantes. Presenta una característica de la normatividad: su capacidad a la generalización.

2. Proceso de elaboración de los usos mercantiles

Que estén asociados a una operación interna o internacional, los usos siguen un proceso de elaboración idéntica (MOUSSERON, P. «Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce». *Revue de jurisprudence commerciale*, 2011 p. 21 sp. p. 23). El elemento constitutivo del uso mercantil es una práctica repetida dotada de cualidades particulares que son la frecuencia, la antigüedad y la generalidad. Una vez que sus cualidades son reconocidas por las partes, el juez o el árbitro, la práctica repetida se convierte en un uso constitutivo de una norma jurídica. A este elemento constitutivo, hay que añadir un elemento subjetivo que consiste en el reconocimiento del uso por parte de una autoridad legítima como una jurisdicción, una organización internacional o una asociación profesional. B. GOLDMAN afirma que los usos son los comportamientos de los operadores que han adquirido progresivamente, por su generalización en el tiempo y en

el espacio –que puede reforzar su constatación dentro de la jurisprudencia arbitral o eventualmente estatal–, la fuerza de verdaderas prescripciones que se aplican sin necesidad de que los interesados se refieran a ellas, desde el momento que no han rechazado expresamente su aplicación (Goldman, B. «Comentario bajo Corte de Casación francesa», 22 de octubre de 1991, *Journal de droit international*, 1992, p. 184).

En el ámbito mercantil, los usos y costumbres se constituyen a partir de las prácticas contractuales más interesantes que van a repetirse dentro de una misma profesión o mercado. La difusión de la práctica puede ser inicialmente espontánea, mediante la reproducción de cláusulas entre contratantes, el intercambio de informaciones en el curso de encuentros profesionales, o segundo acelerada, mediante la publicación en revistas profesionales o la intermediación de los organismos profesionales (Deumier, P. *Introduction générale au droit*, LGDJ, sp. n.° 423). Rápidamente, los contratos más eficaces y las cláusulas más pertinentes van a repetirse y convertirse en un hábito dentro de un mismo mercado o profesión. Tal uso se formalizará, después, a través de cláusulas y contratos estándar, o reglamentos y codificaciones de usos comerciales publicados por un organismo profesional. Como lo subraya E. Loquin, la elaboración de usos mercantil es comparable a un «*darwinismo jurídico*» (Loquin, E. «Les sources du droit mondialisé». *Droit et patrimoine*, julio 2001, p. 71 sp. p. 76).

3. Los usos del comercio internacional

El comercio internacional contiene particularidades que le obliga a producir normas originales (Racine, J.B. y F. Siirianinen. *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, n.° 107). No existe en el comercio internacional una autoridad única habilitada a revelar las prácticas más pertinentes de un cuerpo profesional. Al contrario, existen varias autoridades, tanto públicas como privadas en situación de competencia (Loquin, E. «Les règles matérielles internationales». *Receuil des cours de l'académie de droit international,* 2006, sp. n.° 258).

Entre ellas, hay que destacar las autoridades corporativas del comercio internacional, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la *Grain and Feed Trade Association* (Gafta) que codifican los usos de un sector profesional. La consagración de un uso por parte de esas autoridades atribuye un valor jurídico, dentro del grupo profesional correspondiente, a la regla identificada como tal.

La autoridad más ilustre es sin duda la CCI que desempeña un papel fundamental en la recopilación y difusión de usos del comercio internacional. Como ilustración, se puede destacar la codificación de los *International Commercial Terms (Incoterms).* En principio, los *Incoterms* se incorporan como reglas que rigen el contrato mediante la voluntad expresa de las partes. Pero, se observa cada vez más, en los laudos arbitrales, el recurso a esas reglas sin que las partes hayan formulado una voluntad expresa de recurrir a los *Incoterms*. Los árbitros aplican los *Incoterms* a casos en los cuales las partes han hecho una referencia escasa o implícita a dichas reglas en vista de que son comunes en el comercio internacional y aceptadas y utilizadas por la mayoría de los operadores del comercio internacional. En la práctica, el éxito masivo de los *Incoterms* a estos instrumentos transformarse en usos del comercio internacional. Es en este sentido que la Corte de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado el 9 de junio del 2011 (CJUE, 9 juin 2011, Electrosteel Europe SA c/ Edil Centro SpA, C-87/10). Los jueces superiores de la Unión Europea decidieron que, en un litigio entre una empresa francesa e italiana, la jurisdicción nacional tiene que tomar en cuanta toda las cláusulas pertinentes para determinar el lugar de entrega de la mercancía, incluso los términos y cláusulas normalmente reconocidas y consagradas como usos del comercio internacional como los *Incoterms*. Así, esa última precisión es de suma importancia, dado que, ante una falta de voluntad expresa de las partes, permite tanto a los jueces de los Estados europeos como a los árbitros referirse a los *Incoterms*.

Cabe, igualmente, señalar que la CCI promulga reglas y usos uniformes relativas a los cobros, a los créditos documentarios y a las garantías contractuales que son extensivamente utilizados por los operadores del comercio internacional.

Varios textos relativos al arbitraje internacional reservan una mención especial a los usos del comercio internacional. El primero de esos textos es el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional suscrito en Ginebra el 21 de abril de 1961. El art. 7, relativo al Derecho aplicable prevé 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. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al Derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles». Del mismo modo, el art. 28, párrafo 4 de la Ley Modelo Cnudci sobre arbitraje comercial internacional de 1985 prevé que «[…] 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». Estas disposiciones son claras manifestaciones de que los contratos internacionales pueden escapar, por lo menos parcialmente, a los

Derechos de origen estatal (véase en este sentido, LOQUIN, E. «Les règles matérielles internationales», prec. sp. n.º 279 y s. ; JACQUET, J.-M. PH. DELEBECQUE, S. CORNELOUP. *Droit du commerce international, op. cit.,* sp. n.º 41). El Derecho de arbitraje internacional reconoce así, como fuente autónoma de Derecho y como manifestación de un Derecho no estatal, los usos mercantiles.

(Autor: Maximin de Fontmichel, Profesor de Derecho privado de la Universidad de Versailles y Secretario General del Departamento de Derecho de Arbitraje de la Universidad de Versailles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DEUMIER, P. *Introduction générale au droit*. LGDJ, 2011, n.º 409 *et* ss. DEUMIER, P. *Le droit spontané*. Economica, 2002. RACINE, J.-B. *et* F. SIIRIAINEN. *Droit du commerce international*. Dalloz, 2007. JACQUET, J.-M., PH. DELEBECQUE, et S. CORNELOUP. *Droit du commerce international*. Dalloz, 2007. POUDRET, J.F. *et* S. BESSON. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruylant (ed.), LGDJ, Schulthess, 2003, capitulo 7. MOUSSERON, P. «Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce». *Revue de jurisprudence commerciale*, 2011 p. 21. LOQUIN, E. «Les règles matérielles internationales». *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye,* 2006 t. 322. STOFFEL-MUNCK, Ph. *La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires*. En *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*. MOLFESSIS, N. (dir.). *Les Petites Affiches*, n.º especial, 2003, p. 36. LOQUIN, E. «Les sources du droit mondialisé». *Droit et patrimoine*, julio 2001, p. 71. GAILLARD, E. «La distinction des príncipes généraux du droit et des usages du commerce international». En *Etudes P. Bellet*, Litec, 1991 pp. 203 *et* ss. PÉDAMON, M. «Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit comercial?». *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1959, p. 335.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Cámara de Comercio Internacional. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrito en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra). Convención de las Naciones Unidas de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Principios generales de Derecho. Principios de Derecho internacional. *Lex mercatoria*. Incoterms.

V

VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Venire contra factum proprium non valet es expresión latina de traducción casi innecesaria y que impide a una parte ir contra sus actos propios. En esta máxima se basan tanto la teoría jurídica de los actos propios reconocida en muchos de los sistemas continentales, como la teoría anglosajona del *estoppel*. En esencia, ambas teorías sostienen que no se debe amparar a la parte que incurre en conducta contradictoria o incompatible.

Utilizando términos que hoy se consideran clásicos y que son frecuentemente citados en el ámbito internacional (incluido el relativo a cuestiones arbitrales), la Corte inglesa del *Exchequer* resumió la cuestión en 1862 del siguiente modo (caso *Cave vs. Mills*):

> No se puede permitir que un hombre sople caliente y frío –que afirme algo una vez y lo niegue luego–. Este principio tiene su fundamento en el sentido común y en la justicia común, y con independencia de que se lo llame «*estoppel*» o de otro modo, ha sido adoptado con gran utilidad por los juzgados en los tiempos modernos.
>
> El texto original dice así: *A man shall not be allowed to blow hot and cold –to affirm at one time and to deny at another–. Such a principle has its basis in common sense and common justice, and whether it is called estoppel or by any other name, it is one which courts of law have in modern times most usefully adopted*.

La aplicación práctica de la doctrina de los actos propios y la del *estoppel* en el arbitraje, ha sido notable. Así, por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional, se ha considerado en ocasiones que la parte que con su conducta previa al arbitraje ha consentido en aceptar la validez de una cláusula arbitral, no puede más tarde objetar la validez de esa cláusula, alegando la existencia de vicios del consentimiento.

Igualmente, la persona jurídica que inicialmente afirmó ser sucesora o causahabiente del firmante del convenio arbitral, normalmente no puede luego negar que tiene la condición de sucesor o causahabiente con el objeto de tratar de liberarse del convenio arbitral.

Del mismo modo, la regla general consiste en que la parte que no denuncia prontamente un vicio procesal en la tramitación del arbitraje, y que, por tanto, de manera expresa o implícita lo consiente, no puede luego alegar ese vicio para oponerse a la ejecución del laudo.

En el ámbito específico de las disputas que involucran a Estados, se ha llegado a considerar que la parte que firma un convenio arbitral, no puede más tarde oponerse al arbitraje alegando inmunidad de jurisdicción: la firma del convenio arbitral vendría a operar así como una especie de renuncia a la inmunidad o como un acto invencible de reconocimiento de que la inmunidad no existe.

También existe jurisprudencia sosteniendo que la parte que celebra un convenio por el que se somete a arbitraje una cierta relación jurídica, no puede alegar más tarde que la relación jurídica en cuestión es inarbitrable.

Dicho todo lo anterior, debe aclararse que la aplicación precisa del principio de los actos propios o *estoppel* puede dar lugar a notables diferencias prácticas de un sistema jurídico a otro y depender de las circunstancias del caso concreto. Así, hay ocasiones en las que una parte puede tener derecho a variar de opinión o conducta (así sucedería, por ejemplo, si la parte no hubiera considerado debidamente –o no hubiera estado correctamente asesorada sobre– su decisión inicial, o si su conducta inicial fuera ilegal). En otras ocasiones puede ocurrir que la conducta inicial de la parte no resulte concluyente y que, por lo tanto, no sea claro si sus actos posteriores realmente la contradicen o se apartan de ella.

Una diferencia notable que suele existir entre la doctrina continental de los actos propios y la doctrina anglosajona del *estoppel*, es que en los sistemas anglosajones es permisible que una parte cambie de conducta, siempre y cuando el cambio no acarree un perjuicio económico a la parte que razonablemente confió en la conducta inicial –luego modificada– de la contraparte. Explicado con un ejemplo: en el sistema anglosajón, la parte «A» podría afirmar que considera válido el convenio arbitral y cambiar de opinión públicamente antes de que la contraparte o parte «B», considere un arbitraje; ahora bien, si la parte «A» afirma que considera válido el convenio arbitral y la parte «B», descansando razonablemente en esa afirmación, inicia un proceso arbitral e incurre en gastos por ese motivo, entonces podría declararse que la parte «A» está obligada por sus declaraciones anteriores, ya que el convenio es válido.

(Autor: Aníbal Sabater. Chaffetz Lindsey. Nueva York).

Referencias bibliográficas: Blessing, Marc. «The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1988, vol. 5, issue n.º 2, pp. 28 y ss. Jan van den Berg, Albert. «Grounds for Refusal of Enforcement-Public Policy-Other Cases». *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, vol. xi, p. 467. *Compétence arbitrale et compétence judiciaire; relations, Principes de la* «*Compétence-compétence*» *et de l'*«estoppels». Droit applicable à un arbitrage CCI. *ASA Bulletin*. Association Suisse de l'Arbitrage, 1992, vol. 10, issue n.º 4, pp. 505-526.

Jurisprudencia seleccionada: Iusct Case n.º 43 (ITL 10-43-FT), *Oil Field of Texas, Inc. vs. The Government of the Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company (NIOC) and others*, 9 December 1982. En Sanders, Pieter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration 1984*, vol. ix, pp. 207-215. Caso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 5/2012, *Diques y Astilleros Nacionales C.A. (Dianca) vs. Raytheon Anschutz GmbH*, 13 de marzo de 2012.

Verificación sobre un conflicto de intereses (ver «*Conflict check*»)

Vistas (ver «Audiencias»)

Autores de la Enciclopedia Jurídica del Arbitraje

Alberto Acevedo Rehbein

Abogado de la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia. LL.M. de la Universidad de Columbia en Nueva York, EE.UU. Admitido a la barra del Estado de Nueva York, EE.UU.

Responsable de la práctica de Litigios y Arbitraje en Garrigues Colombia.

Vanessa Alarcón Duvanel

Abogada del despacho internacional *White & Case S.A.* en Ginebra. Tiene más de diez años de experiencia en la resolución de controversias, especialmente en arbitraje comercial internacional. Participa y ha participado como abogada de parte ante muchos tribunales arbitrales internacional tanto institucionales (ICC, Cameras Suizas, LCIA, SCC) como *ad hoc* (Cnudmi) regidos por normas procesales y sustantivas de diversa procedencia, incluyendo Derechos suizo, inglés, de Nueva York, jordano, entre otros. Se ha especializado en una amplia gama de controversias relativas a acuerdos de *joint venture*, de compraventa de acciones y de productos, contratos de materias primeras, proyectos de construcción, contratos de distribución y de manufactura. Además, actúa y ha actuado como árbitra y secretaria de tribunales arbitrales.

Obtuvo una licenciatura en Derecho (*magna cum laude*) de la Universidad de Neuchâtel, Suiza y un *Master of Laws* (LL.M.) de la *New York University.* Vanessa Alarcón es abogada en Nueva York y Suiza.

Es miembro del *International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR)* y participa en dos comités el *CPR Transactional Committee* y del *Steering Committee del CPR's Young Attorneys in Dispute Resolution (Y-ADR).* También es miembro de varias asociaciones profesionales, incluyendo la *Swiss Arbitration Association (ASA),* y *ASA Below 40*, el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) *Young & International*, el ICC *Young Arbitrators' Forum* (ICC-YAF), *el Young International Arbitration Group* de la LCIA (YIAG), y el *Ordre des Avocats* de Ginebra (ODA). Es ponente en conferencias en materia de arbitraje internacional.

Kathy Esther Ames Valdivieso

Es asociada extranjera de *Winston & Strawn LLP* en Washington, D.C. y forma parte del área de litigios y arbitraje internacional de la firma. Obtuvo el título de abogado con honores en el 2000 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el año 2015, obtuvo una maestría en Derecho Internacional Económico y un Certificado en Arbitraje Internacional y Resolución de Conflictos de *Georgetown University Law Center*.

La señora Ames enfoca su práctica profesional en asuntos de arbitraje internacional. Tiene una amplia experiencia en arbitrajes de inversión con base en tratados y en contratos de inversión bajo las reglas de arbitraje del Ciadi y de la Cnudmi. Su experiencia también abarca procesos de anulación, de reconocimiento y ejecución de laudos, así como litigios relacionados ante Cortes americanas.

Está admitida para el ejercicio profesional en el Perú.

Eva Andrés Aucejo

Catedrática acreditada de Derecho Tributario por el Ministerio de España (Aneca) y por la *Generalitat de Catalunya* (AQU). Universidad de Barcelona.

Licenciada en Derecho (Premio Extraordinario de licenciatura. n.º 1 de su promoción); Doctora en Derecho (Premio extraordinario de Doctorado). Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales; Directora y Presidenta del Consejo Editorial de la Revista de Educación y Derecho. *Education and Law Review*; Premio de la Asociación Española de Asesores Fiscales (Furla); Premio del Centro de Estudios Financieros (contabilidad. Accesit); Investigadora Principal y miembro de Proyectos de Investigación de corte nacional e internacional (DER 2015-68768-P, GV-3203/95), MECD-SEID (PB97-0981), (SEC 1999-0469), (PHB 2003-0042-TA), SEJ2005-02960, AECI -E.A.L. 2003-05, MAE A/3490/05, MAE C/012880/07, PHB2007-0031, A/023627/09, A/031632/10, DER 2012-38512. Miembro del Grupo de investigación «Estudios Jurídicos de Derecho Tributario y Política Fiscal», miembro de contratos de investigación IEF (Ministerio de Economía y Hacienda). Ha realizado estancias de investigación en las Universidades extranjeras: *Harvard School of Law (Harvard University); European University Institute, Università di Roma La Sapienza*, Pontificia Universidad Católica de Perú, *Università degli Studi di Firenze: International Bureau of Fiscal Documentation (Amsterdam), London School of Economics and Political Sciences of London, University of Leeds (United Kingdon).* Conferenciante en multitud de Congresos y Seminarios Internacionales. Autora de un centenar de publicaciones científicas con tres sexenios de investigación otorgados por el Ministerio de España. Profesora contratada en las Universidades de Valencia, Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, Universidad de Barcelona y *Nova Southeastern University of Miami.* Autora de numerosas publicaciones docentes. Miembro del Grupo consolidado de Innovación docente consolidado Dikasteia GCID. Miembro del *Observatori de la Innovació Docent* (UB), miembro coordinador en Barcelona de la Red Iberoamericana de Estudios Superiores de Derecho Tributario y Política Fiscal y miembro de diversos proyectos de innovación docente (2009PID-UB/71; UH). En gestión universitaria ha sido Secretaria del Consejo de Estudios de la Facultad de Derecho de la UB; Adjunta a Jefatura de Estudios; Directora de la Prueba para homologación de títulos extranjeros y Coordinadora del Plan de Acción tutorial de la Licenciatura de Derecho de la UB para los estudios de Derecho, Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales, Criminología y Ciencias Políticas.

María Arias Navarro

Letrada del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Adjunta a la Secretaría General de la Corte Española de Arbitraje.

Es Licenciada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Master en el Ejercicio de la Abogacía, Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid. Master de Tributación Práctica de la Universidad Carlos III de Madrid. Master de Derecho de Empresa del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación. Curso práctico de Arbitraje del Consejo General de la Abogacía Española. Academia Matritense del Notariado (2006-2007). Ponente del Observatorio del Arbitraje del Foro por la Justicia del Consejo General de la Abogacía Española. Miembro del Club Español del Arbitraje (CEA). Miembro de la *International Bar Association.* Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y coautora del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Lima, 2011).

Anna Arnalte

Anna Arnalte es licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra y cursó en Esade un doble master en Abogacía y Derecho internacional, especialidad que estudió en el *Center for Transnational Legal Studies* en Londres. También realizó un intercambio durante sus estudios de licenciatura en la Universidad de Ginebra, donde obtuvo un certificado en Derecho transnacional. Ha ejercido como abogada en el despacho Arias, S.L.P. especializado en arbitraje internacional. Anteriormente, trabajó en el departamento mercantil del despacho J&A Garrigues, S.L.P. donde publicó el artículo «Las llamadas cláusulas híbridas de arbitraje» en el boletín *Fashion Law Garrigues*. Anna está colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y es miembro de las asociaciones de arbitraje CEA-40, *LCIA Young International Arbitration Group* y la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA). Es titular de la Beca de Internacionalización Empresarial 2017, otorgada por ICEX España Exportación e Inversiones, entidad pública empresarial dependiente de la Secretaría de Estado de Comercio.

Tatiana Arroyo Vendrell

Profesora de Derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid, Doctora también por la Universidad Carlos III de Madrid, imparte regularmente clases en grado, postgrado y máster y es coordinadora del *Moot* Madrid (Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil) competición organizada por la Uncitral/Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) y la Universidad Carlos III de Madrid.

Su formación y experiencia docente e investigadora se complementa con cursos, estancias de investigación y conferencias en universidades extranjeras, tales como la Universidad de Bolonia, la Universidad de Viena, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Texas en Austin; así como por su participación como miembro integrante en varios Proyectos de investigación. Por su actividad investigadora recibió el Premio Cedit a la mejor comunicación del IV Congreso Internacional de Transporte «Soluciones en un entorno económico incierto» y durante su formación ha obtenido el Mejor Expediente Académico y Premio Extraordinario en Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Con experiencia en la representación ante organismos internacionales, ha sido *adviser* de la delegación española del grupo de trabajo III de Uncitral/Cnudmi y delegada de España en el grupo de trabajo 24 de la Unece (Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas). Sus publicaciones abarcan cuestiones del Derecho de sociedades, del contrato de transporte y de distribución, entre otras, y colaboradora en diferentes revistas: Cuaderno de Civitas de Jurisprudencia Civil, (CCJC), Revista de Derecho del Transporte (RDT) y Sistema de Sociedades (SS).

Jorge Azagra Malo

Jorge es abogado de Uría Menéndez en el área de procesal civil y arbitraje de la oficina de Barcelona. Licenciado en Derecho y Administración de Empresas por la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Centra su práctica en el asesoramiento precontencioso y contencioso en asuntos civiles y mercantiles, tanto ante tribunales españoles como ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales. Desde el 2016, es también profesor asociado de Derecho Civil en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

Domitille Baizeau

Domitille Baizeau es socia de LALIVE en la oficina de Ginebra, Suiza. Cuenta con veinte años de experiencia en la resolución de controversias, de los cuales ha dedicado quince exclusivamente al arbitraje internacional. Participa y ha participado como abogada de parte y árbitra en numerosos arbitrajes, tanto *ad hoc* (Cnudmi) como institucionales (CCI, LCIA, Reglas Suizas de Arbitraje Internacional, el Reglamento de la Fundación Surafricana de Arbitraje y AAA/ICDR, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI), regidos por normas procesales y sustantivas de diversa procedencia, incluyendo de Derecho inglés, suizo y francés, entre otros. Se ha especializado en controversias relativas a inversiones, *joint ventures*, fusiones y adquisiciones y contratos mercantiles internacionales de compraventa y distribución en los sectores de energía, de telecomunicaciones, de industria farmacéutica y de construcción. Es miembro del Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de Industria de Ginebra, la cual administra los arbitrajes bajo las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional. Es miembro del comité ejecutivo y del directorio de la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA) y representante del *European Users' Council* de la LCIA. Figura en varios listados de árbitros. Interviene con frecuencia como ponente o moderadora en conferencias dedicadas al arbitraje internacional, además de publicar con regularidad sobre este tema. También es miembro del comité de redacción del *ICC Bulletin*. Figura en la clasificación realizada por *Chambers Europe* y *Chambers Global* y por *The International Who's Who of Commercial Arbitration.* Se formó como abogada en Nueva Zelanda y es también abogada en Inglaterra y Gales, así como en Ginebra. Ha sido Coordinadora del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)* (Lima, 2011).

Covadonga Isabel Ballesteros Panizo

Profesora de Derecho administrativo en la Universidad Internacional de Cataluña. Miembro del grupo de investigación de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña. Estudiante de doctorado en la misma Universidad. Beneficiaria de la Beca *Junior Faculty*. Con anterioridad ejerció como abogado en el departamento de procesal de *Baker & McKenzie*, en Barcelona. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra (2013). Licenciada en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña (2010).

Guillermo Bayas Fernández

Coordinador del Departamento Procesal de Inley Estudio Legal (oficina de Barcelona) y profesor asociado en la Universidad de Barcelona. Colegiado en Barcelona y el Estado de Nueva York, está licenciado en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra y cuenta con un LL.M. por la *New York University* y un Postgrado en Relaciones Internacionales por la Universitat Autònoma de Barcelona. Ha trabajado en los departamentos de litigación y arbitraje de Gómez-Acebo & Pombo (Madrid) y Garrigues (Barcelona), donde ha participado como abogado y secretario en arbitrajes nacionales e internacionales. Es Miembro Fundador del Capítulo NY-Washington DC del Club Español del Arbitraje y durante su estancia en Nueva York fue Co-Secretario General de la *NYU International Arbitration Association.* Ha publicado diversos artículos en materia de litigación y arbitraje, en obras como *International Arbitration Review* o *Journal of International Law and Politics Forum.*

Domingo Bello Janeiro

El profesor Domingo Bello nació en A Coruña y se licenció en Derecho con Premio Extraordinario de fin de carrera por la Universidad de Santiago de Compostela, en la que consiguió el grado de Doctor con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y el Premio Extraordinario.

El profesor Bello Janeiro es autor de libros sobre la sociedad de gananciales, el retracto, precario, los arrendamientos urbanos o la protección de consumidores y usuarios y de más de medio centenar de artículos científicos, siendo sus publicaciones traducidas al idioma ruso por parte del Centro de Derecho Civil Adjunto a la Oficina del Presidente de Rusia, y es miembro del consejo de redacción de la Revista Española de Derecho Agrario y Alimentario y de las Revistas Jurídicas de las Universidades de Santiago de Compostela, La Coruña y Granada, dirigiendo la colección Derecho de Daños de la editorial Reus.

Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort, máxima condecoración jurídica en España, otorgada mediante Orden del Ministerio de Justicia, como reconocimiento por su labor investigadora en el ámbito jurídico y ha ingresado en la Orden Civil de Alfonso x El Sabio, por Orden del Ministerio de Educación por su extraordinaria contribución en los campos de la educación, la cultura, la docencia y la investigación.

Fue Director General de la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP), Vice-Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, ha sido designado árbitro por el Banco Mundial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) para distintos procesos arbitrales, habiendo sido elegido también Árbitro de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), con sede en La Haya, y ha sido conferencista invitado en distintas oportunidades en el Congreso Internacional de Arbitraje de la Embajada de Francia en Lima, la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Estudio Mario Castillo Freyre. Asimismo, es Vocal de la Sección Primera de la Comisión Nacional de Arbitraje de la Propiedad Intelectual.

Académico de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada; Académico Honorario Extranjero de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia; Académico Correspondiente en el Reino de España de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina con sede en Córdoba, de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Paraguay, y de la Academia de Jurisprudencia de Nicaragua, así como Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, y Presidente de la Comisión Asesora de la Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia de Iberoamérica. El doctor Bello es Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña.

Dolores Bentolila

Doctora en arbitraje internacional por el *Graduate Institute of International and Development Studies* de Ginebra. Directora de los grupos de estudio de la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional. Dolores Bentolila es autora de numerosos artículos publicados en revistas de habla inglesa, francesa y española, entre los que se destaca *Contrat d'Etat* publicado recientemente con Jean-Michel Jacquet en el *Jurisclasseur Droit International de LexisNexis.* Actualmente, es asociada en *White & Case LLP* (Ginebra).

Carlos Blancas Bustamante

Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Doctor en Derecho y ha sido Ministro de Estado del Perú en la cartera de Justicia y, con posterioridad, en la de Trabajo, así como Diputado nacional. Ha integrado la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, designada por el gobierno de transición del doctor Valentín Paniagua en el año 2001 y, también, la Comisión de Expertos para elaborar la Ley General de Trabajo, designada por el Congreso de la República el año 2002. Fue Condecorado por el Gobierno con la «Orden del Trabajo» en el Grado de Gran Oficial, en el año 2004, y es Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Víctor Bonnín Reynés

Socio fundador del despacho especializado en arbitraje, *VBArbitration*. Licenciado en Derecho y Master en Derecho Internacional por la Universidad de Esade, Víctor Bonnín también posee el título de Grado en Derecho por la Universidad de Ginebra, así como titular de un Máster en Derecho de los Negocios (MBL) por la misma universidad y por el que obtuvo el Premio *Lenz & Staehelin*. Además, está admitido como *solicitor* en Inglaterra y Gales.

Antes de fundar su propio despacho, Víctor fue asociado senior de *Allen & Overy* desde 2013 hasta 2016, donde defendió los intereses de varios inversores en diversos arbitrajes de inversiones en el sector de las energías renovables. Anteriormente, fue abogado del departamento de arbitraje del despacho Garrigues, si bien durante 2010 y 2011 estuvo en la oficina de Nueva York de *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom* en calidad de *International Visiting Attorney.* Cuenta con experiencia como árbitro, abogado y secretario de tribunales arbitrales en procedimientos nacionales e internacionales, tanto institucionales (CCI, LCIA, CIMA, CAM, etc.) como *ad-hoc.* Previamente, trabajó en el departamento de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra como investigador y profesor asistente de la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler.

Actualmente es miembro del *Global Advisory Board de ICDR Y&I* y anteriormente fue coordinador en el *European Coordinating Committee of the ICC Young Arbitrators Forum*. También es autor y coautor de numerosos artículos relativos al arbitraje internacional y ha participado como moderador y ponente en congresos y seminarios de arbitraje internacional.

Valentín Bou Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia. Licenciado en Derecho con grado (1986) y Doctor (1990) por la Universidad de Valencia (España). Diplomado en Derecho Internacional del Mar por *The Rhodes Academy of Oceans Law and Policy* (Grecia, 1999) y en Derecho Internacional del Medio Ambiente por *The Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki* con la calificación de *summa cum laude* (Grecia, 2000). Ha sido beneficiario de diversas becas, entre otras, del Ministerio español de Asuntos Exteriores para los cursos de *The Hague Academy of International Law* (Holanda, 1987), de la OTAN para la realización de un trabajo de investigación sobre el mar territorial (1993), del *Deutscher Akademischer Austauschdienst. Programmabteilung Nord* para realizar una estancia investigadora en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg (Alemania, 1998). Premio a la investigación otorgado por la Academia de Legislación *Ramón Llull* (1991). Premio al mejor trabajo investigador otorgado por la OTAN (1994). Premio Bancaixa de estudios sobre el agroentorno (1996). Profesor de postgrado en universidades de Europa y Latinoamérica.

Alba Briones Martín

Asociada de la práctica de Arbitraje Internacional de *Hogan Lovells*, ubicada en su oficina de Madrid. Licenciada en Derecho (2008) y Administración y Dirección de Empresas (2009) por la Universidad Pontificia de Comillas (Icade). Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por el Instituto de Empresa (2014).

Su práctica está centrada en el arbitraje, habiendo participado en numerosos procedimientos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, *ad hoc* e institucionales, comerciales y de inversión.

Antes de incorporarse a *Hogan Lovells* en 2014, Alba trabajó en el despacho especializado en arbitraje internacional Armesto & Asociados. Alba interviene habitualmente en conferencias y seminarios sobre cuestiones relacionadas con el arbitraje y disputas internacionales. Ha participado como *Coach* en el módulo práctico del Programa avanzado de práctica arbitral en el Instituto de Empresa en mayo y junio de 2012 y ha sido secretaria de la Comisión para el estudio del arbitraje societario en España del CEA y coordinadora del grupo CEA-40 en el periodo 2013-2014. Adicionalmente es una de las corresponsales en España del *Practical Law Arbitration Multi-jurisdictional e-mail* desde enero de 2014 (cargo que aún ostentaba a la fecha de publicación de esta enciclopedia).

Alfredo Bullard González

Maestría en Derecho de la Universidad de Yale (EE.UU.). Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorado *Honoris causa* por la Universidad Continental (Perú). Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Es Profesor de Derecho de la competencia, Derecho civil, análisis económico del Derecho, destrezas legales, cine y Derecho y arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor visitante de la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Ex Presidente y Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Latino e Iberoamericana de Derecho y Economía –Alacde–. Presidente de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia para la revisión de la Ley General de Arbitraje n.º 26572 que culminó con la publicación de la nueva ley de arbitraje del Perú. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París –ICC–, la Comisión Interamericana de Arbitraje –CIAC– por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entre otras instituciones arbitrales y en arbitrajes *ad hoc*.

Ha sido Presidente del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual.

Cuenta con distintos reconocimientos como el Premio *Andrés Roemer/Microsoft*, por su aporte al Desarrollo del análisis económico del Derecho en Latinoamérica (2008 y 2014), Premio de la Fundación Bustamante (2012).

Es autor de diversos libros entre los que destacan *Derecho & economía. Análisis económico de las instituciones legales*, *La relación jurídico-patrimonial* y *políticamente incorrecto*. Es también autor de diversos artículos sobre temas de su especialidad y Miembro del Consejo Consultivo del *Anuario euro-peruano de Derecho del comercio y arbitraje*.

María Ángeles Cano Linares

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho internacional público en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Estancias de investigación en la Universidad de San Martín y París. Profesora del Master Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales. Subdirectora del Centro de Estudios de Iberoamérica de la URJC y Directora del Master Universitario en Relaciones Internacionales Iberoamericanas de la URJC. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectivas, de los Consejos de Redacción de la Revista Electrónica de Iberoamérica y de los Cuadernos Iberoamericanos, y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Entre sus publicaciones recientes destacan *La cooperación al desarrollo de la Unión Europea*, coautor Carlos R. Fernández Liesa, Iustel, 2010, «La Unión de Naciones Suramericanas: un ambicioso e innovador proceso de construcción de integración regional», *REIB,* vol. 4, n.º 1, 2010; «Los órganos de representación de la ciudadanía española en el exterior: el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior y los Consejos de Residentes Españoles», en *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Comentario a la Ley n.º 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, V. Sempere Navarro (dir.), Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, pp. 227-256; «La protección del patrimonio cultural iberoamericano», en *Cultura y desarrollo en el espacio Iberoamericano*, C.M. Díaz Barrado (dir.), P. Trinidad, Cuadernos Escuela Diplomática n.º 40, pp. 59-78, 2010; «SPG, SPG +, Desarrollo social», *Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración*: *Comercio, Cultura y Desarrollo*, C.M. Díaz Barrado y A. Manero Salvador (dirs.), Marcial Pons, 2010; «El desarrollo, vector de los derechos humanos. Principales obstáculos» en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*. Colección Escuela Diplomática, n.º 15, vol. 1, pp. 95-108, 2009, C. Escobar Hernández (dir.); «La Unión de Naciones Sudamericanas», coautor con Díaz Barrado, Colección Cuadernos Iberoamericanos, Plaza y Janes, 2009.

Mario Castillo Freyre

Catedrático de Derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma universidad.

Especializado en Derecho civil, Derecho arbitral y Derecho de seguros. Se desempeñó como abogado en ejercicio independiente de la profesión desde 1993 hasta el 2000. En julio del año 2000 fundó el Estudio que lleva su nombre, en donde actualmente ejerce la profesión. Asimismo, oficia de árbitro en los principales Centros de Arbitraje del Perú y también desempeña función arbitral en arbitrajes *ad hoc*.

Es Director de la *Biblioteca de Arbitraje* y de la *Biblioteca de Derecho* de su Estudio, Miembro de la Academia Peruana de Derecho y habitual conferenciante en universidades españolas. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo.

José María Chillón Medina

Licenciado Derecho Universidad de Barcelona (España). Doctor en Derecho Administrativo Universidad de Paris, Sorbona 1. Abogado I.C. Madrid, desde 1967). Letrado de Telefónica de España por oposición (1976). Profesor jubilado (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid). Profesor visitante en varias universidades latinoamericanas. Conferencista sobre temas de sus especialidades, Derecho de las telecomunicaciones y TICS y Derecho arbitral. Director de Investigación en Arbitraje, Universidad de Panamá. Profesor de Derecho arbitral y de Derecho de las telecomunicaciones y TICS en Universidades y Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados y otros Centros e Instituciones. Consultor para la UIT, el Banco Mundial, diversos Gobiernos e Instituciones tanto públicas como privadas, y como tal ha intervenido en numerosos proyectos y elaboración de leyes, reglamentos y resoluciones en materia de telecomunicaciones y arbitraje en diversos países de Amé-

rica, Asia y África. Abogado, consultor y experto en los temas de su especialidad; árbitro internacional, ante el Ciadi y otras instituciones arbitrales, tanto españolas como extranjeras. Ha sido Presidente de la Comisión Jurídica de la Asociación Hispanoamericana de Empresas de Telecomunicación (Ahciet). Pertenece a diversas organizaciones y asociaciones tanto de Derecho de las telecomunicaciones como de arbitraje. Es autor de numerosos artículos, monografías, lecciones, conferencias, cursos, seminarios, sobre los temas señalados y otros de Derecho público, constitucional, administrativo e internacional. Es autor de varios libros, entre otros, *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*, (tres ediciones); *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*; *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*. Actualmente es profesor de Derecho de las telecomunicaciones en la Universidad Carlos III, Madrid, en el Master sobre Derecho de Telecomunicaciones y TICS y en Prodetel (República Dominicana). Profesor de Derecho arbitral internacional en Universidad de Panamá. *Id.* en Cámara de Comercio de Bogotá. *Id.* en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y en ICA Madrid, entre otras universidades, centros y corporaciones.

Manuel Cienfuegos Mateo

Manuel Cienfuegos es Máster en Estudios Europeos por la Universidad Autónoma de Barcelona (1989) y la *Université Libre de Bruxelles* (1990) y Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (1995). Desde 2002 es profesor titular de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pompeu Fabra, contando con la acreditación de Catedrático de Universidad por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación –Aneca– de España (2011) y la Agencia de Calidad Universitaria –AQU– de Cataluña (2013). Consultor internacional y profesor en diversas universidades españolas y extranjeras, es autor de numerosas publicaciones relacionadas con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de la integración, entre las que podemos destacar, por su relación con esta investigación, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998 y «Juez nacional - Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en Beneyto Pérez, J.M. (dir.) y Maillo González-Orus, J. y Becerril Atienza, B. (coords.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2012, pp. 549-624. Más información en http://www.upf.edu/dipri/es/professorat/cienfuegos.html.

Riccardo Ciullo

Managing Director de *Ipwisely* (www.ipwisely.com) y Director del Departamento IP y Nuevas Tecnologías del bufete legal internacional Intlaw Abogados y Consultores, al que se incorporó tras siete años de actividad como abogado en el departamento de IP de *Baker & McKenzie* (Barcelona), se ocupa de la tramitación y protección administrativa y judicial de marcas y diseños nacionales, europeos e internacionales; resolución de conflictos en tema de nombres de dominios; protección de los derechos de autores, asesoramiento sobre procedimientos de infracción de derechos de autor en el entorno digital y asuntos de protección de datos TICS. Asesora sobre propiedad industrial e intelectual, patentes, transferencia de tecnología a clientes españoles y extranjeros. Especializado en procedimientos de marcas y diseños ante la *European Union Intellectual Property Office (Euipo)* y ante el Tribunal de Justicia de la UE en Luxemburgo.

Miriam Clapés Oleart

Licenciada en Derecho en el año 1992 por la Universitat Autònoma de Barcelona. Abogada asociada del despacho Amat&Vidal-Quadras Advocats y miembro del área civil y procesal-contenciosa. Es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Cuenta con cursos de postgrado en Derecho fiscal (Universidad Abad Oliba), en Derecho comunitario e internacional de los negocios y dos cursos de empresariales en la UOC. Tiene como áreas de especialización: Derecho civil y mercantil, contractual, Derecho administrativo y Derecho procesal.

Pedro Claros Alegría

Socio del Grupo de Arbitraje Internacional de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia de Comillas (Icade, Madrid). Máster en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Georgetown (Washington, DC), especializándose en Arbitraje de Inversiones y graduándose con distinción. Becario Fulbright.

Desarrolla su práctica profesional como abogado y árbitro en el ámbito del arbitraje de inversiones y comercial internacional. Ha dirigido la defensa letrada en arbitrajes de inversión bajo distintos instrumentos, incluyendo el Tratado sobre la Carta de la Energía, y ante diversos centros, como el Ciadi o el Instituto de Arbitraje

de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Es árbitro ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Corte de Arbitraje de Madrid (Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid). Ha sido miembro de la ponencia redactora de las recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje.

Es profesor de arbitraje internacional en la Facultad de Derecho de Icade, Madrid. Ha participado en la publicación de obras colectivas y artículos de prensa. Es coautor de *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (Grupo Difusión, 2004, 2.ª edición en imprenta) y es autor del capítulo *El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* en la obra colectiva *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (Lima, 2007).

Diego Alonso Collantes Añaños

Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Jorge Luis Collantes González

Licenciado por la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona, 2002). Máster en Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad de Niza (Francia). Cuenta con un Postgrado en Inversiones Extranjeras y Doble Imposición por la Universidad de Barcelona y un Diploma del curso de Arbitraje Internacional del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Incorporado al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, asumió iniciativas académicas siendo Director del *Postgrado en Derecho Diplomático y Consular*, Director del *Postgrado en Derecho de las Inversiones Internacionales y Arbitraje*, Director del *Programa en Derecho de las Naciones Unidas para Abogados*, donde también es Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje.

Es Director de las obras colectivas *Diccionario terminológico del arbitraje comercial y de inversiones* (2011), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales* (2009), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (2007), *Derecho Diplomático y Consular* (en prensa) y codirector del libro *Arbitraje comercial internacional en Europa: aspectos actuales y regímenes jurídicos* (2013) y coautor del manual de *Derecho internacional privado* de Huygens Editorial (Barcelona, 2016).

Cuenta con experiencia como profesor de Derecho internacional privado, de Derecho consular y Derecho de los contratos internacionales en la Universidad Internacional de Cataluña y de litigación internacional en el master en abogacía de la misma universidad; actualmente es doctorando en Derecho en la UPVD y ha participado en el programa investigador invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa.

Luis Carlos Cordón Procter

Licenciado en Derecho por la Universidad Abad Oliba CEU (premio a la excelencia académica). Postgrado de Especialización en Litigios Civiles por la Universidad Pompeu Fabra (IDEC-2005/2006) y *Master in Business Administration* (MBA) por Esade (2010/2011).

Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, actualmente es el socio responsable del área contenciosa de Cases & Lacambra, donde se incorporó tras más de diez años de desarrollo profesional en el Departamento de Derecho Procesal, Concursal y de Arbitraje de *PwC Tax & Legal Services.*

Es experto en litigación comercial y bancaria, donde asesora y asume la defensa de los intereses de empresas nacionales e importantes grupos multinacionales, entidades financieras y fondos de inversión, en todo tipo de litigios, tanto en España como en el extranjero.

Luis Cordón actúa regularmente como árbitro y abogado de parte en multitud de arbitrajes nacionales e internacionales en materia comercial y bancaria especializada, así como en materia de inversión, ya seguidos ante instituciones arbitrales españolas, internacionales o tribunales *ad hoc*.

Conferenciante habitual del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB), miembro del *Arbitration Committee* de la *International Bar Association (IBA)* y del Club Español del Arbitraje (CEA), es colaborador habitual en importantes publicaciones, diarios económicos y revistas especializadas.

Juan Pablo Correa Delcasso

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona desde el año 1993 y abogado en ejercicio desde el año 1997. En la actualidad es profesor titular acreditado de Derecho procesal, *Maître de Conférences Associé* en la Universidad Toulouse 1 Capitole y socio del Departamento de Derecho Procesal y ADR de la oficina de Barcelona de Ventura Garcés Lopez Ibor. 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), Profesor Invitado de las Facultades de Derecho de la Universidad Paris-Dauphine y de la Universidad de Cúcuta (Colombia), Presidente Fundador de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Director de numerosos cursos y Diplomas de Arbitraje impartidos en este último, como el de Arbitraje Internacional de esta misma Institución.

Luis Costa Ran

Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad de Barcelona y Abogado en ejercicio desde 1977 en ICAB. Pertenece al Instituto Español de Analistas Financieros. Ingeniero y catedrático de economía y Derecho agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona (UPC). Autor de varios libros, entre ellos: *Futuros y opciones agrarias*. Madrid: Ed. La Caixa; *Nuevos instrumentos financieros en la estrategia empresarial*. Madrid: Ed. ESIC; *Divisas y riesgos de cambio* en ICEX; *Las divisas en la estrategia internacional de la empresa* en ICEX. Asesor institucional en contratación financiera. Consultor y conferenciante internacional. Coautor del Proyecto de Mercado de Futuros del Aceite de Oliva (Junta de Andalucía) y del Proyecto técnico del Mercado de Futuros del cerdo en canal.

Anne-Carole Cremades

Es *Counsel* del Grupo de Arbitraje Internacional en la oficina de Ginebra del despacho suizo *Schellenberg Wittmer*.

Hispano-francesa de nacimiento, ella se especializó en asuntos contenciosos y arbitraje comercial internacional. Ha actuado como abogado ante tribunales arbitrales internacionales ICC 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, contratos internacionales de construcción y 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 (*summa cum laude*) en la Universidad de París (2000), Anne-Carole Cremades obtuvo un título de postgrado en Derecho privado (*summa cum laude*) en 2001 en París y un *Master of Laws* (LL.M.) en Derecho comercial internacional (con honores) del *King's College* de Londres en 2002.

Entre los años 2002 y 2004, trabajó como profesora asistente en 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 de abogados francés *Bredin Prat* en París, donde practicó arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión.

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

Es autora de diversas publicaciones en materia de arbitraje internacional e interviene regularmente como ponente en conferencias. Ha sido coordinadora del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, obra que precedió la presente Enciclopedia. También ha sido codirectora de la obra colectiva *El arbitraje internacional en Europa*, publicado en 2013.

Bernardo Cremades Román

Está colegiado como abogado en Madrid y en el Estado de Nueva York, es socio del grupo de arbitraje de *B. Cremades & Asociados*. Su práctica jurídica se centra, principalmente, en el arbitraje internacional –tanto

de protección de inversiones como comercial– bajo diversas reglas, incluyendo las del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Cuenta también con experiencia en Derecho mercantil y financiero, incluyendo derecho de sociedades, fusiones y adquisiciones, financiación estructurada y de proyectos.

Previamente, trabajó como asociado en la oficina de Nueva York de la firma de abogados *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP* y en la oficina de Madrid de la firma de abogados *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*. Además, fue becario de la *American Arbitration Association* (AAA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi).

Es Licenciado en Derecho y Diplomado en Relaciones Internacionales por la Universidad Pontificia de Comillas. Asimismo, tiene un máster de leyes (*LL.M.*) de la *New York University School of Law* y un certificado avanzado en negocios de la *New York University Pollack Center for Law & Business.*

Bernardo ha escrito varios artículos doctrinales y, frecuentemente, es ponente en eventos relacionados con el arbitraje internacional.

María Crespo Garrido

Profesora Titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá (maria.crespo@uah.es). Doctora en Economía. Premio extraordinario de Doctorado. Máster en Hacienda Pública y Tributación, Máster en Tributación y Contabilidad, Programa de Liderazgo en la Gestión Pública. Entre las publicaciones más relevantes cabe citar: «Financiación pública y privada de las prestaciones sociales: incidencia de la capacidad económica del usuario», *Colex*, 2010, pp. 53-81. «La ley de autonomía personal como instrumento de inserción laboral», *Colex*, 2011, pp. 193-224. *El interés del menor en la mediación: programas de actuación*, Aranzadi, 2012. *Protección fiscal de la familia en una sociedad envejecida.* Equidad y eficiencia en la gestión del gasto público desde la perspectiva comparada. Thomson Reuters. *Medidas públicas y fiscales que aportan soluciones a los retos actuales: desigualdades económicas y sociales entre hombres y mujeres. Es posible una política familiar efectiva con superávit en las cuentas públicas*. Civitas. «Personal Income Taxation reforms in the 21st Century», *Comparazione e Dirito Civile*, pp. 1-13. «Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagado». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 69-109. «Aspectos económicos, fiscales y presupuestarios de la propiedad intelectual. De las sociedades de intermediación a la financiación pública». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2013. «Cuestiones controvertidas sobre la tributación de los derechos de propiedad intelectual: sociedades de gestión ¿sujetos pasivos del impuesto o intermediarios?». *Revista Arbitrada Venezolana de Ciencias Tributarias. Tributum. Universidad Católica de Táchira.* Líneas de investigación destacadas: Políticas públicas de familia, políticas sociales y dependencia, imposición sobre la renta, fiscalidad de la propiedad intelectual, fiscalidad y mercado de trabajo.

Jesús M. De Alfonso

Licenciado por la Universidad de Barcelona (1969), ha desarrollado su profesión en el ámbito de la resolución de conflictos singularmente en la defensa ante tribunales de justicia en materias relacionadas con el Derecho mercantil, conflictos industriales, y más especialmente, en materias de propiedad industrial en cuya área obtuvo en 2009 la distinción europea «Mejor logro» del año de *World Leaders.*

Ha ostentado la categoría de «*socio internacional*» de la firma internacional de abogados *Baker & McKenzie*, cuya oficina de Barcelona dirigió, así como el área de litigación, ésta hasta retirarse de la misma.

Ha sido presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona desde 2009 en una etapa de renovación de la institución. Profesor invitado de Esade, dictando conferencias y cursos sobre arbitraje, así como en otras universidades públicas y privadas de Barcelona y de Madrid.

Ha publicado numerosos artículos doctrinales en revistas europeas sobre arbitraje y colaborado con estudios en la publicación de libros.

Marco de Benito Llopis-Llombart

Marco de Benito es Profesor de *IE University* (Madrid y Segovia). Ha impartido también clases y seminarios en las Universidades de Bolonia, Pisa y Maastricht, la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala) y la Universidad de Pekín, entre otras. Entre sus áreas de interés destacan el arbitraje internacional, el Derecho civil y procesal comparado y la Historia del Derecho.

Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (sobresaliente *cum laude*, *nemine discrepante*), fue *Visiting Scholar* en *Yale Law School*, donde copresidió 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.

Tras una etapa en Uría Menéndez (2002-2011), hoy ejerce la abogacía como *Off-Counsel* de Moscardó, una pequeña firma madrileña especializada en arbitraje internacional. Ha intervenido en numerosos arbitrajes relativos a los sectores comercial, industrial, financiero, energético y de infraestructuras, con sede en Madrid, Barcelona, París, Ginebra, Londres y Miami, bajo las reglas de la CCI, Uncitral y las Reglas Suizas.

Marco de Benito dirigió el Módulo europeo «Hacia un Derecho privado común para Europa» de *IE University* dentro del Programa Jean Monnet de la Comisión Europea. De entre sus publicaciones destacan el manual *Historia del Derecho en Europa* (coautor, 2013), la coordinación de la obra colectiva *Arbitraje internacional en Europa* (2013) y la monografía *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria* (2010), así como sus artículos sobre la reforma de la Ley española de Arbitraje de 2011, sobre la que prestó asesoramiento legislativo. Algunas de sus publicaciones pueden consultarse en https://ie.academia.edu/MarcodeBenito.

Desde el año 2015 es Vocal de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia española de Jurisprudencia y Legislación.

Maximin de Fontmichel

Maximin de Fontmichel es Profesor de Derecho privado y Vice-Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Versailles-Paris-Saclay (France). Ejerce también como profesor asociado a la Universidad de Monterrey, UDEM (México).

Es titular de un doctorado de la Universidad de Versailles-Paris-Saclay (sobresaliente *cum laude nemine discrepante*), de un LL.M de *McGill University* y ha sido *Visiting Scholar* en *Columbia Law School* (Nueva York). Entre sus áreas de especialidad se destacan el Derecho de arbitraje, el Derecho procesal y el Derecho de contratos. Es Secretario General del Departamento de Derecho de Arbitraje de la Universidad de Versailles-Paris-Saclay.

Inscrito en el Colegio de Abogados de París y Madrid, su actividad se desarrolla en el campo del arbitraje y de los litigios civiles y comerciales. Actúa de manera frecuente como árbitro y como consultante para los despachos de abogados en el campo del arbitraje y litigios internacionales.

Es miembro de varias asociaciones profesionales y académicas, incluyendo el Club Español de Arbitraje, el *Comité Français d'Arbitrage* y la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos.

Es autor de publicaciones y ponente en conferencias en materia de arbitraje internacional. Ha publicado la monografía *Le faible et l'arbitrage*, edición económica, 2013. En la actualidad es corresponsable de la crónica de arbitraje en la revista francesa *Les Petites Affiches*.

Bárbara de la Vega Justribó

Profesora visitante de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y acreditada a profesora titular de Derecho mercantil. Licenciada en Derecho con la especialidad en Derecho Comunitario por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, donde obtiene la máxima calificación por el Doctorado Europeo (2004) con su tesis doctoral sobre la limitación de la responsabilidad del naviero. Máster en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid, y *Master in International Business Law* por *The Fletcher School of Law and Diplomacy* (Tufts University, Boston) y el Instituto de Empresa de Madrid, y Diplomada por el *Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, The Hague Academy of International Law.*

Ha realizado investigaciones en varias universidades e instituciones españolas y extranjeras como la Universidad Carlos III de Madrid o la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Asimismo, ha desempeñado diversas actividades en el ámbito del Derecho como son el ejercicio de la abogacía, la administración de justicia y el asesoramiento al Ministerio de Justicia de España, entre otros; que ha compaginado con la docencia e investigación, y la coordinación y gestión académica en la universidad. En abril del 2016, finaliza una estancia de investigación en Unidroit (Roma) al amparo de la beca de movilidad internacional José Castillejo, concedida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para desarrollar el proyecto de investigación «Los principios Unidroit en la Ley de navegación marítima: análisis de la reforma y propuesta de codificación de los principios de una Lex Marítima».

Como docente inició su andadura en la Universidad San Pablo-CEU en 1996. En la Universidad Carlos III de Madrid, ha ejercido como árbitro y entrenadora en el *Moot* Madrid, competición internacional sobre arbitraje y Derecho uniforme patrocinada por Uncitral. Entre su producción bibliográfica destacan *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998),* editorial Gobierno Vasco (2000), *Le droit international des transports maritimes/The International Law of Maritime Transport*, 1999, *Von Ziegler/Delebecque*, edited by Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales de l'Académie de Droit international de La Haya, volumen 13, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, co-publication with Hague Academy of International Law, September, 2001, y *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid (2007). Asimismo, es autora y coordinadora de varios artículos y capítulos de libros en editoriales y revistas de prestigio, por los que ha recibido premios a la investigación. Miembro investigador del Grupo de Investigación Proindten (Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías) de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha dirigido e integrado varios Proyectos de Investigación concedidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y otras entidades.

Manuel de Lorenzo Segrelles

Abogado en ejercicio, socio de De Lorenzo-Garín-Gosalbes Abogados. Profesor asociado de Derecho internacional privado en la Universidad de Valencia y en la Universidad Cardenal Herrera-CEU. Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia de 2005 a 2009. Medalla al mérito en el servicio a la Abogacía española (Consejo General de la Abogacía Española).

Ex Director del Tribunal Arbitral de Valencia. Profesor del Curso Superior de Arbitraje organizado por el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) y el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (Ciamen), ediciones 2014 y 2015. Imparte, asimismo, la asignatura de arbitraje en el Máster Oficial de la Abogacía (Universidad de Valencia-Ilustre Colegio de Abogados de Valencia), el Máster Universitario en Mediación, Arbitraje y Gestión de Conflictos en Derecho Privado (Universidad de Valencia), el Máster Oficial de Asesoría Jurídica de Empresas (Universidad Católica de Valencia-Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros), el Curso de especialización en arbitraje (Ilustres Colegios de Abogados de Valencia, Barcelona, Madrid, Málaga y Señor*ío de Vizcaya) y el Diploma de A*rbitraje (Adeit-Universidad de Valencia). Ha participado como jurado en la Competencia Internacional de Arbitraje 2012 (*American University-Washington College of Law*) y en el *Moot* Madrid-Arbitraje de la Universidad Carlos III, en sus ediciones de 2013 y 2014. Es miembro del Club Español del Arbitraje y de la *Associació per al Foment de l'Arbitratge* de Barcelona.

Carlos de los Santos

Carlos de los Santos es el socio responsable del Departamento de Litigación y Arbitraje de Garrigues, firma donde ha desarrollado toda su carrera profesional. Es socio desde el año 2003 y desde el año 2009 dirige el Departamento de Litigación y Arbitraje de Garrigues, que cuenta con más de 270 abogados en todas sus oficinas dentro y fuera de España y que engloba las prácticas de litigio civil y mercantil, arbitraje doméstico e internacional y Derecho penal.

Ejerce su trabajo profesional, tanto en el litigio civil y mercantil como en el arbitraje doméstico e internacional. Ha actuado como abogado en destacados procedimientos judiciales y arbitrales en materias contractuales de todo tipo y societarias, asesorando y representando a empresas de los sectores bancario y financiero, seguros, audiovisual, telecomunicaciones, automoción, energético y de la construcción, representando a empresas tanto españolas como extranjeras.

Ha intervenido en arbitrajes domésticos ante las principales cortes de arbitraje españolas, CIMA, Corte de Arbitraje de Madrid y Tribunal Arbitral de Barcelona, así como en arbitrajes internacionales bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration (LCIA), International Court of Arbitration (ICC), American Arbitration Association (AAA), Zurich Chamber of Commerce* (Suiza) y *Danish Arbitration Institute* (Dinamarca), en

diferentes sedes como, entre otras, Madrid, Londres, Nueva York, París, Zurich, Copenhague, Buenos Aires y bajo diferentes Derechos como español, francés, argentino, peruano, uruguayo, mexicano, dominicano, americano, inglés, etc.

Además, ha prestado asesoramiento en materias relativas a las disputas derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversión en relación con empresas inversoras en países como Turquía, Venezuela, Uruguay, Cuba y Ecuador.

Carlos de los Santos está incluido en los principales directorios, como *Chambers&Partners* (Europe and Global), Legal 500 y *Which Lawyer?* como abogado destacado en litigación y arbitraje y que sitúan a Garrigues como firma destacada en dicha práctica en España.

Ponente habitual en foros de derecho procesal y arbitraje, ha participado, además, en diversas obras colectivas entre las que cabe destacar: «The International Arbitration Review» (Ed. 2012) publicado por *Law Business Research*; Tratado de Derecho Arbitral, tomo I, El Convenio Arbitral, Colección de Estudios de Derecho, editado por el Instituto Peruano de Arbitraje: Cuadernos de la Energía «El arbitraje internacional como instrumentos de protección de las inversiones españolas en Latinoamérica»; «Comentarios a la Ley n.° 60/2003 de arbitraje», publicado por Expansión. Asimismo, entre sus numerosos artículos y publicaciones sobre temas de arbitraje internacional y litigio, cabe destacar: «Emergency proceedings under the new ICC Rules», Spanish Arbitration review, vol. 13/2012; «Confidentiality under the new French Arbitration Law –a step forward–», Spanish Arbitration Review; «The attitude of the Spanish Courts to setting aside Arbitral awards», Global Arbitration Review (GAR); «New rules of four main Spanish arbitration institutions», International Bar Association; «La ejecución y el reconocimiento de laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversión», *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*; «Reflexiones sobre la Ley de Mediación», Diario Jurídico; «Spanish Royal Decree Law on mediation in civil and commercial matters», International Bar Association.

Carlos de Miranda Vázquez

Profesor de Derecho Procesal de la Universitat Internacional de Catalunya. Director del área de conocimiento. Acreditado, por Aneca, como profesor contratado doctor. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Ha ejercido como abogado, juez sustituto y magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Elisabeth de Nadal

Dirige el grupo de arbitraje de la oficina de Barcelona de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Cuenta con una consolidada experiencia en arbitrajes nacionales e internacionales institucionales y *ad-hoc*. Está especializada en litigios en el ámbito de sociedades mercantiles, disputas derivadas de operaciones adquisición (M&A), litigios en materia de Derecho de la competencia, contratos de distribución comercial, y ocio y deporte. Su práctica previa en el área de Derecho comunitario y de la competencia y en el área mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira le proporciona una sólida experiencia en su actual práctica contenciosa.

Ha formado parte de equipos de abogados multijurisdiccionales en disputas internacionales y domina el español, el inglés y el francés como lenguas habituales en su práctica diaria. Entre otras publicaciones, es autora y coautora de *International Civil Procedure* (Kluwer Law 2003), *The Spanish Arbitration Act 2003* (Mealey's 2004); *ICLG to International Arbitration* (ediciones de 2005 y 2006) y *Dispute Resolution Handbook* (*Global Counsel*, ediciones de 2005, 2006 y 2007).

Fernando de Trazegnies Granda

Catedrático de Derecho civil. Es Doctor en Derecho. Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde más tarde fue Decano durante diez años. También ha realizado estudios de Doctorado en la Universidad de París. Fue *visiting scholar* en la Universidad de Harvard. Ha sido Ministro de Relaciones Exteriores de Perú y Embajador de la Soberana Orden de Malta en Lima. Es autor de numerosos artículos y capítulos de libros sobre arbitraje y es Miembro de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua, de la Academia Nacional de Historia y del Consejo Consultivo del *Anuario euro-peruano de Derecho del comercio y arbitraje*. En el año 2008 se publicó el Libro *Homenaje a Fernando de Trazegnies*, en reconocimiento a su trayectoria jurídica.

María Antonieta Delgado Menéndez

Profesora de Derecho internacional privado-DIPr y Arbitraje Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú -PUCP- con veinte años de experiencia en la docencia del derecho. Magister en investigación jurídica por la PUCP. Coautora de veinticinco libros y publicaciones especializadas en temas de DIPr, obligaciones contractuales, arbitraje internacional y justicia, entre los cuales destacan: «Introducción al DIPr, tomo I. Conflicto de Leyes-Parte General»; «Introducción al DIPr, tomo II. Conflicto de Leyes-Parte Especial»; *Introducción al DIPr,* tomo III: «Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales»; «Litigio Arbitral». «Lo que debes saber del DIPr en el Perú» (en proceso final de edición). Legislación nacional y extranjera para el análisis de la Reforma del Libro X del Código Civil peruano sobre DIPr; Selección de Textos y Jurisprudencia de DIPr, Código Civil peruano comentado-tomo X. Libro de DIPr; Comentarios al Código Civil peruano (Contratos y Propiedad en DIPr)». Asesora y autora de diversos artículos sobre temas de su especialidad, tales como: «El arbitraje comercial internacional y el orden público. Incidencia del orden público en la decisión arbitral»; «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional», entre otros. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP y conciliadora extrajudicial. Miembro de la Comisión Consultiva de DIPr del Colegio de Abogados de Lima.

Asesora legal con más de veinte años de experiencia en la dirección y asistencia técnica de programas y proyectos orientados al fortalecimiento del estado de derecho, las instituciones del Estado y la buena gobernabilidad; la producción normativa; la enseñanza del derecho; la simplificación administrativa en la gestión de los procesos; la defensa de los derechos humanos y los derechos de propiedad; la reforma y el mejoramiento de los servicios de justicia en el Perú y en la región andina, con el apoyo de la cooperación internacional de la Unión Europea, Alemania, España, Francia, Suiza, Estados Unidos de América, Canadá, Corea, China, organismos multilaterales como el Banco Mundial, Banco Interamericano, PNUD, entre otros.

Además, ha sido expositora en foros nacionales y extranjeros y ha participado en múltiples investigaciones y proyectos de reforma en temas de su especialidad. En la actualidad es Jefa de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional del Poder Judicial del Perú y representante del Poder Judicial ante el Comité de Coordinación Multisectorial de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional.

Castor Miguel Díaz Barrado

Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales. Director del Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Ha impartido su labor docente e investigadora en las Universidades de Córdoba, Zaragoza, Carlos III de Madrid, Extremadura y Rey Juan Carlos y, en otros países, en las Universidades de Oxford, París X-Nanterre y Beira Interior (Portugal). Sus líneas de investigación preferentes han sido el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, la protección internacional de los derechos humanos y la integración en el espacio iberoamericano. Entre sus obras destacan: reservas a la Convención de Estados entre Estados (Madrid 1991); la protección de las minorías por el Consejo de Europa (Madrid 1999); Perfiles de la Comunidad Iberoamericana de Naciones (1993), así como sus trabajos sobre los derechos del niño. Asimismo, ha abordado cuestiones relativas a la protección diplomática. Participó en el Comité de elaboración del nuevo Estatuto de la Comunidad Autónoma de Extremadura 2008-2009 y fue miembro del primer Comité de expertos encargado de elaborar la Carta Cultura iberoamericana. Es miembro de honor de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional y Codirector del Laboratorio iberoamericano sobre comercio, cultura y desarrollo con sede en La Habana y Madrid.

Beatriz Díaz Madrera

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo. Directora del área de Derecho administrativo de Junceda Abogados, S.L. Autora de libros y artículos de temática jurídico-administrativa, por los que ha recibido menciones en el prestigioso premio «Estudios Financieros». Ha impartido cursos en materia jurídica. Abogada en ejercicio.

Ernesto Díaz-Bastien

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid donde ejerce la abogacía desde hace más de treinta años. En el año 2008 fue nombrado Profesor Honorario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es socio fundador del Club Español del Arbitraje. Fue árbitro del Sistema Euro-Árabe de Arbitraje con sede en París. Director de contenidos del Curso de Capacitación en Arbitraje Comercial Internacional organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá (2010). Coautor y coordinador del libro *Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje* de la Editorial Reus, Madrid (2007). Tiene

amplia experiencia, como árbitro y como letrado de parte, en arbitrajes nacionales e internacionales ante diferentes Cortes Arbitrales.

Tiziana Di Ciommo

Doctora en Derecho con especial mención de Doctorado europeo y máxima calificación académica (*cum laude*). Profesora de Derecho procesal de la Universitat Internacional de Catalunya (UIC). Profesora de Derecho concursal en el Postgrado organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona. Abogada en *PriceWaterhouseCoopers (PWC).* Vocal primera de Confederación Española de Abogados Jóvenes (CEAJ). Vice-presidenta del Grupo de Abogados Jóvenes de Barcelona. Vocal de la Comisión de Deontología del Colegio de Abogados de Barcelona. Autora de numerosas publicaciones en España y en Italia. Conferenciante habitual en foros nacionales e internacionales.

Gloria Esteban de la Rosa

Es Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén y catedrática acreditada (Aneca). Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada (1986-1991) y Doctora en Derecho por la Universidad de Jaén (1998). Su labor docente la desempeña en el campo del Derecho internacional privado, habiendo impartido también docencia en lengua inglesa. Ha participado en una pluralidad de congresos nacionales e internacionales. Forma parte del equipo de investigación y también dirige proyectos de ámbito nacional y autonómico (de Excelencia). Ha dirigido cuatro tesis doctorales. Cuenta con una pluralidad de publicaciones sobre el ámbito del comercio internacional y, en particular, cabe destacar la monografía *El comercio internacional compensado: reglas y estrategias empresariales*, Atelier, Barcelona, 2005; así como los artículos sobre «La adaptación de los contratos en el comercio internacional», *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2007; «La buena fe en la negociación de los contratos internacionales», *Anuario euro-peruano de Derecho del comercio*, n.º 1, 2004; «Los contratos coligados en el Derecho del comercio internacional», *Anuario euro-peruano de Derecho del comercio*, n.os 2/3, 2005-2006, «Aproximación al *insider trading* en Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2014, vol. 136, entre otras. Asimismo, es autora de los capítulos: «La buena fe en la contratación internacional» en la obra colectiva *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales* (2009), «El principio de cooperación en la contratación» en la obra *Derecho contractual comparado* (2013, 2.ª ed.); «Nuevas situaciones de imprevisión en época de crisis económica y adaptación de los contratos internacionales», publicado en *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (2010); y «Contratación electrónica internacional en el sector oleícola» en la monografía *Internacionalización del sector oleícola a través de la tecnología de la información* (Comares, 2015).

Katia Fach Gómez

La autora es profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Zaragoza y miembro de los Proyectos de Investigación DER2016-80568-R (subprograma Retos) y e-Procifis (Ref. S 14/3). Tras licenciarse con una media académica de 3.28/4, realizar en doctorado europeo en idioma alemán y recibir el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Zaragoza y el Premio de Tesis Doctorales del Ministerio de Interior español, la autora ha completado su formación académica siendo *Visiting Scholar* de *Columbia University* durante dos semestres y realizando exitosamente un *LL.M.* especializado en *International Business Transactions* en *Fordham University (NY).* Fruto de diversas estancias de investigación financiadas por becas europeas y canadienses son sus abundantes publicaciones, dedicadas a muy variados temas internacionales (medio ambiente, responsabilidad extracontractual, contratos de agencia, multipropiedad, litigación, arbitraje, desarrollo sostenible, Latinoamérica, familia, extranjería, innovación docente etc.). Asimismo, la autora ha llevado a cabo diversas asesorías jurídicas respecto de conflictos internacionales de gran repercusión jurídica. Actual investigadora de la *Humboldt Stiftung*, ha sido, asimismo, Directora de Área en la Universidad de Zaragoza del Campus de Excelencia Internacional Iberus y experta nacional de la Comisión Europea.

María Fernández Arrojo

Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Navarra (1996). Profesora de Derecho Civil de la Universitat Internacional de Catalunya. Decana de la Facultad de Derecho y Directora del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universitat Internacional de Catalunya.

Clara Fernández Carron

Es Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es Doctor Europeo y premio extraordinario de doctorado. Ha realizado varias estancias de investigación en Universidades extranjeras (Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne; Universidad Jean Moulin Lyon 3; Universidad Montpellier I; Universidad Pierre Mendès Grenoble 2; University of London); ha colaborado en varios proyectos de investigación I+D; ha sido ponente en congresos y seminarios tanto nacionales como internacionales (Toronto; París; Bari; Girona; La Rioja; Valencia; Madrid; Sevilla).

Inició su experiencia docente en el año 2004 y, entre su producción bibliográfica, destacan las obras *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas* (Aranzadi, 2008); *La tercería de mejor derecho* (La Ley, 2010); «La clasificación del crédito a la luz del Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecución singular» (Revista de Derecho Procesal, 2006, vol. 2, pp. 263-320); «Tribunal competente para conocer de la tercería de mejor derecho. Un laberinto normativo difícil de enderezar» (Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, vol. I, pp. 489-501); «El sobreendeudamiento de los particulares» (Revista General de Derecho Público Comparado n.º 4, enero de 2009, Crónicas (RI 407202), pp. 1-11); «*La procédure civile d´exécution espagnole: rôle principal des tribunaux dans les voies d´exécution*» (www.iapl2009.org); «Empleo de las nuevas tecnologías en el proceso civil francés: algunas ideas generales» (*Presente y futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Aranzadi, 2010); «La mediación en el ámbito familiar: cauce para la resolución pacífica de los conflictos» (*La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblio, 2010); «Procedimientos de insolvencia, Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160 de 30 de junio de 2000)» (*Derecho procesal civil europeo*, vol. III, *Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, Aranzadi, 2011, pp. 359-474); «La Directiva de mediación y su trasposición al Derecho español» (*La armonización del Derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, 2012, pp. 325-398); «Algunas cuestiones controvertidas en torno al desistimiento del ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento del proceso por acuerdos a resultas de la mediación entre el menor y la víctima» (*Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Aranzadi, 2012, pp. 665-680; «La inmediación en la segunda instancia penal y civil: ¿resulta razonable que su significado y alcance varíe en función de la naturaleza del proceso?» (*La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Marcial Pons, 2013, pp. 163-184); varias recensiones a distintas obras jurídicas; «El embargo de bienes (II): las tercerías de dominio y de mejor derecho», y «El procedimiento de apremio (I): disposiciones generales (entrega directa y avalúo); modos de realización forzosa (convenio, realización por persona o entidad, y administración para pago» (*El proceso de ejecución forzoso. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales*, La Ley, 2015, pp. 513-661 y pp. 663-743); «Procesos civiles ordinarios y especiales y determinación del proceso legalmente adecuado» y «Juicio ordinario: demanda, litispendencia acumulación de acciones y de procesos» (*Memento práctico ejercicio profesional de la abogacía,* Francis Lefebvre, 2016); *El derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.* Tirant lo Blanch (en prensa); «Umbrales de inembargabilidad» [*La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable,* Thomson Reuters Aranzadi (en prensa)].

Ha realizado varios informes profesionales para *Juriscope*, organismo profesional a quien el Ministerio de la Justicia francesa encarga la redacción de estudios de derecho comparado relativos a cuestiones de actualidad (desde el año 2009 hasta la actualidad); ha participado en numerosos cursos y seminarios; es miembro de la Asociación Española de Peritos Judiciales y Mediadores Arbitrales desde noviembre de 2012; miembro de *l'Association Henri Capitant des amis de la Culture Juridique française*, sección española, desde abril de 2014; miembro de la Sección Procesal de la Sociedad de Legislación Comparada (Francia/España) desde el 13 de junio de 2007 hasta la actualidad; está colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde enero de 2005 y es árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid.

José María Fernández de la Mela

José María Fernández de la Mela es abogado de Uría Menéndez desde septiembre de 2004. Ha desarrollado parte de su carrera en Estados Unidos, mediante estancias en la oficina de Miami de *Holland & Knight* (2008) y en la oficina de Nueva York de *Cravath, Swaine & Moore LLP* (2014-2015).

Su práctica profesional se centra en el ámbito de la resolución de disputas comerciales, tanto en sede judicial como arbitral. Ha representado a clientes en litigios transfronterizos y en arbitrajes internacionales bajo diferentes leyes y reglamentos arbitrales. Cuenta con experiencia en los sectores financiero, *private equity*, construcción, energía, electrónica y tecnología militar.

Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (2005) y LL.M. por la Universidad de Georgetown de Washington, D.C. (2008). Imparte clases regularmente en el programa LL.M. del Instituto de Empresa de Madrid.

Enrique Fernández Masiá

El Dr. Fernández Masiá es Profesor Titular de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha. Es autor de varios libros, manuales, compendios de legislación y artículos sobre Derecho del comercio internacional, Derecho procesal internacional y Derecho civil internacional. En el tema del arbitraje ha publicado, entre otros trabajos, las monografías «Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi» (Tirant lo Blanch, Valencia, 2004), «Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras» (Marcial Pons, Madrid, 2008), y «Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los Tratados de protección y promoción de inversiones» (San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005), premio de la II edición para el fomento del arbitraje concedido por la Corte Vasca de Arbitraje. Enrique.Fdez@uclm.es.

Enrique Ferrando Gamarra

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Osterling (Lima). Especializado en seguros, conflictos societarios, contratos, negociaciones y estrategias. Cuenta con reconocida experiencia en arbitraje institucional y *ad-hoc.* Ha actuado como árbitro y como abogado en importantes arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Lima (CCL) y la *American Chamber of Commerce* (Amcham). Ha representado a clientes nacionales e internacionales en un gran número de negociaciones, arbitrajes y formas alternativas de resolución de conflictos. Participa regularmente en conferencias y seminarios relacionados con el sector asegurador y arbitrajes y es habitualmente nombrado árbitro. Actualmente es miembro Consejero del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Ha sido consultor del Banco Mundial para la creación del Fondo para las Áreas Naturales Protegidas del Perú y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la elaboración del anteproyecto de la Ley General del Ambiente de Panamá. Asimismo, ha asesorado al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma) para temas relacionados a responsabilidad civil ambiental. Fue consultor de la Agencia de Cooperación Técnica Suiza (Cotesu) para temas forestales, y Consultor de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI) en temas de legislación ambiental. Trabajó como Director del Programa Regional de Legislación Ambiental para Latinoamérica y el Caribe (Onern), 1987. Fundó y es, actualmente, Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Cristina Ferraro

Abogada colegiada en Perú y Nueva York. Es consejera de Miranda & Amado en Lima y forma parte del grupo de arbitraje. Tiene experiencia representando a inversionistas y Estados demandados en arbitrajes bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Su experiencia también incluye arbitrajes internacionales bajo las reglas de la Cámara del Comercio Internacional (CCI), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD de la *American Arbitration Association*) y la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

Es abogada (*summa cum laude*) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, recibió el Premio José León Barandiarán Hart de Excelencia Académica en Derecho y es Máster en Derecho (*LL.M.*) por la Universidad de Nueva York (*New York University School of Law - NYU*) con la beca Arthur T. Vanderbilt.

Pilar Galeote Muñoz

Doctora en Derecho por la Universidad San Pablo-CEU, soy Profesora de Negociación del Instituto de Empresa *Business School* y Subdirectora del Centro de Negociación y Mediación del Instituto de Empresa. Asimismo es Directora de la Cátedra Cervello de Instituto de Empresa *Law School*, de la que es Profesora de Derecho Societario. Es una auténtica experta en negociación, siendo la mediación un caso más de aquélla. Es autora de varias publicaciones, la más reciente *China: Negociación e inversión extranjera. Joint ventures e implicaciones jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, u otras como *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*. Tirant lo Blanch, Valencia, mayo, 2008, coautora de varias obras colectivas, como *Negociar para CON-vencer*.

Jaime Gallego

Jaime Gallego ejerce en el despacho LALIVE en su oficina de Ginebra desde 2009. Forma parte del grupo especializado en la resolución de controversias internacionales e interviene tanto en arbitrajes internacionales comerciales como de inversión. Ha participado en un gran número de arbitrajes complejos en sus más de doce años de dedicación exclusiva al área, incluyendo controversias relativas a la compraventa de acciones, contratos de agencia, proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, de construcción y de inversión en los sectores de energía, telecomunicaciones y la industria armamentística. Estos arbitrajes se regían o se rigen bajo los reglamentos de la LCIA, la CCI, el Ciadi, la Fundación Surafricana de Arbitraje o las reglas de la Cnudmi.

Jaime Gallego es *Solicitor* en Inglaterra y Gales y abogado en España (colegiado en Barcelona). Es miembro del Club Español de Arbitraje y del *Swiss Arbitration Association*. Participa, frecuentemente, en conferencias e imparte cursos en torno al arbitraje tanto comercial internacional como de inversión.

Antes de incorporarse a LALIVE, trabajó en París para Dechert LLP en el grupo de arbitraje internacional (2004-2009), y anteriormente (2000-2003) en Londres para SJ Berwin LLP en las áreas de Derecho mercantil y fiscal.

Es titular de un LL.M. en Resolución de Controversias Internacionales, *University College London* (Reino Unido) (2003-2004) y de una Licenciatura en Derecho y Máster en Derecho Fiscal, Esade (España) (1994-1999).

Ha sido Coordinador del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Lima, 2011).

Manuel Garayo Orbe

Abogado. Abogado del Estado. Diplomado en Alta Dirección de Empresas (PADE) por el IESE, Universidad de Navarra. Profesor del ISDE, de la asignatura «Estrategia Procesal Internacional y Arbitraje Internacional». Abogado especializado en Derecho mercantil, administrativo, de los negocios, contratación, Derecho internacional, procesal y arbitral. Autor de diferentes libros y publicaciones: «La nueva Ley General Tributaria de 2003»; «La Enciclopedia de Auditoría y Contabilidad», de la Editorial CISS, etc. Redactor, desde el año 1993, de la Revista de la Corte Española de Arbitraje, donde dirige la sección relativa a jurisprudencia española en materia de arbitraje. Secretario General del Comité de Dirección del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Máster *honoris causa* en Derecho Mercantil por el Instituto Superior de Derecho y Economía. Ha sido Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y en la actualidad es miembro de su Comisión de Gobierno. Profesor del máster *Sport and Law*, impartido por el Instituto Superior de Derecho y Economía. Autor de numerosas conferencias y cursos sobre arbitraje en España y fuera de España. Árbitro en la CIMA, en la Corte de Arbitraje de Madrid, en la Corte Española de Arbitraje y en el Comité Olímpico Español. Gran experiencia en arbitrajes internos e internacionales.

Gonzalo García-Calderón Moreyra

Abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos y Valores y de la Ley de Arbitraje. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima, Ex Teniente Alcalde de San Isidro, Arbitro Internacional y Nacional de la lista de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Cámara Americana (Amcham) y del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), entre otros.

Luis García-Corrochano Moyano

Abogado, MBA, Máster en Derecho Internacional y candidato a Doctor en Derecho internacional (Universidad Complutense de Madrid). Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Profesor de Derecho internacional público y Derecho internacional privado en la Academia Diplomática del Perú y en la UPC. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Ex Viceministro de Justicia (1999-2000).

Cristina García-Margallo Gomendio

Socia del despacho Youandlaw. Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators.* Con anterioridad ejerció como abogado en el departamento de procesal y arbitraje de Garrigues, S.L.P. de Madrid. Máster de Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues (2006). Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (2005). Licenciada en Dirección y Administración de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid (2005).

Georgina Garriga Suau

Profesora Agregada Serra Húnter de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona. Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona donde se doctoró en Derecho (2005) con la mención de Doctor Europeo. Autora de diversos artículos en diferentes ámbitos (comercio internacional, cooperación judicial civil, arbitraje de inversiones y derecho internacional privado comunitario). Ha impartido asignaturas de Derecho internacional privado y Derecho de los negocios internacionales en diversas titulaciones y centros de enseñanza. Estancias de investigación en diversos centros: la *Stanford Law School*, el *Institut Suisse de Droit Comparé*, la *Oxford Law Faculty*, la *Facoltà di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino*, el *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* y la *Peace Palace Library*.

Fátima Gil Ibáñez

Fátima es licenciada en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad Pontificia de Comillas y obtuvo un LL.M. en Derecho internacional, Comercio Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Superior de Derecho y Economía en 2012. Actualmente, desarrolla su carrera profesional como abogada bilingüe en inglés con una sólida formación procesal, especialista en Derecho internacional y con tres años de experiencia en la firma *DACBeachcroft*. En mayo de 2013 Fátima tuvo la oportunidad de realizar un *secondment* en la sede de la firma en Londres, desarrollando su formación en el área de líneas financieras y en el mercado asegurador de Lloyds.

Su formación jurídica se ha visto influenciada en gran medida por la experiencia personal, al haber crecido en países tan diferentes como España, Inglaterra y Egipto. No sólo se ha beneficiado de una importante inmersión cultural, sino que ha desarrollado un especial interés por los idiomas y las relaciones internacionales, a la vez que por un enfoque multijurisdiccional de asuntos transfronterizos.

Además de ser abogado ejerciente en España, actualmente está completando un curso para adquirir el título de *Solicitor of England and Wales* tras la concesión de una beca de formación por parte de la firma en 2014.

Manuel Gómez Carrión

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, es licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y máster (*LL.M. in International and Comparative Dispute Resolution*) por *Queen Mary School of Law, University of London*, con beca de la Fundación Caja Madrid.

Entre 2008 y 2012 trabajó el departamento de Procesal y Arbitraje de Landwell-PwC, en Madrid, donde su práctica comprendió tanto la litigación civil, mercantil y contencioso-administrativa en España, como el arbitraje nacional. Desde finales de 2013 su práctica se centra en el arbitraje internacional, comercial y de inversiones, en Londres, donde ha trabajado en el Grupo de Arbitraje Internacional de *Baker Botts UK (LLP),* en el Grupo de Resolución Internacional de Disputas de *Debevoise & Plimpton LLP* y, actualmente, en el Grupo de Arbitraje Internacional de *Arnold & Porter (UK) LLP.*

Es miembro de varias asociaciones profesionales como CEA-40, YIAG, ICC YAF, Lvyap, y fundador de Yssap (*Young Spanish Speaking Arbitration Practitioners*).

Arancha González Laya

Arancha González, experta en comercio internacional con veinte años de experiencia, es la Directora Ejecutiva del Centro de Comercio Internacional (ITC) desde septiembre del 2013. La señora González, de nacionalidad española, posee un amplio conocimiento en lo que se refiere a comercio y economía internacional, y cuenta con una extensa experiencia en asuntos de comercio y desarrollo dentro de los sectores público y privado, así como en gestión de organizaciones multilaterales. Antes de unirse al ITC, la señora González ocupó el puesto de Jefa del Gabinete de Pascal Lamy en la Organización Mundial del Comercio (OMC) entre los años 2005

y 2013. Durante su ejercicio en la OMC, participó de forma activa en la puesta en marcha de la iniciativa Ayuda para el Comercio y actuó como representante del señor Lamy en el G-20. Además, antes de trabajar en la OMC, la señora González desempeñó varios cargos en la Comisión Europea, llevando a cabo negociaciones de acuerdos comerciales y apoyando a los países en desarrollo en sus esfuerzos para promover el comercio y el desarrollo. Entre los años 2002 y 2004 fue la portavoz de la Unión Europea para el Comercio y Consejera del Comisario de Comercio de la Unión Europea. La señora González comenzó su carrera en el sector privado, asesorando a empresas en cuestiones relacionadas con el comercio, la competencia y las ayudas estatales. Fue asociada del despacho de abogados alemán, *Bruckhaus Westrick Stegemann*, en Bruselas. La señora González es licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra y posee un postgrado en Derecho Europeo por la Universidad Carlos III de Madrid. Es nativa en español y además habla inglés, francés, alemán e italiano.

Sergio González Malabia

Desarrolló su actividad profesional en el departamento de Derecho procesal de la oficina de Valencia del despacho colectivo J&A Garrigues SLP. Licenciado en Derecho en la Universidad de Valencia con premio extraordinario de licenciatura, desempeña en la actualidad su actividad docente como profesor asociado del departamento de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Es Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Valencia y *Dottore in Diritto Processuale Civile por la Università Degli Studi di Bologna*, este último como colegiado del Real Colegio de España en Bolonia. Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. En la actualidad es magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza.

Álvaro González Marín

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio por la Universidad de Oviedo. Abogado en ejercicio.

Marta Gonzalo Quiroga

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular de Derecho Internacional, especialista en ADR/MASC, de la Universidad Rey Juan Carlos. Mediadora y árbitro internacional. Especialista en contratación internacional, comercio internacional, mediación y arbitraje comercial internacional. Directora y Representante URJC en la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto –Cuemyc–. Miembro de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Formadora en los Cursos de Mediación y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) y en el Módulo de Mediación en el Máster de Acceso a la Abogacía de la URJC/ICAM, 2013-2014/2014/2015. Directora del Título Propio de «Experto en Mediación» URJC, desde 2014. Autora de más de un centenar de publicaciones científicas, entre las que destacan seis monografías y 103 artículos distribuidos en revistas especializadas, capítulos de libros y *Working Papers* nacionales e internacionales dedicados al Arbitraje, la Mediación y los ADR/MASC. Conferenciante habitual en foros nacionales y extranjeros, universidades, escuelas de negocios, colegios de abogados y cámaras de comercio en España, México, Argentina, Brasil, Cuba, Chile, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Italia, Irlanda, Reino Unido y Estados Unidos. Directora de varios Proyectos de Investigación sobre ADR/MASC de carácter internacional. Presidenta del Consejo Consultivo Internacional de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey (México). Directora de varios Proyectos de Investigación y Doctorado en Mediación y Solución de Conflictos, así como de las Jornadas sobre mediación que se vienen desarrollando en la URJC desde 2005 hasta la actualidad. E-mail: marta.gonzalo@urjc.es.

Vanessa Ghahremani Thomsen

Licenciada en Derecho y Criminología por la Universidad Internacional de Cataluña y con un Máster en Abogacía Internacional por *ISDE*, Vanessa Ghahremani ha ejercido la abogacía, como asociada, en Dentons (Barcelona y Madrid). Ha realizado un *stage* en el Servicio Legal de la Secretaria General del Consejo de la Unión Europea (Bruselas). Actualmente, se desempeña como *Junior Lawyer* en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

Cristian Gual Grau

Socio de Uría Menéndez. Se incorporó a la firma en 2001. De enero a julio de 2011, realizó un *secondment* en *Wachtell, Lipton, Rosen & Katz*, en Nueva York. Centra su práctica en la resolución de disputas y tiene una amplia experiencia en litigios complejos, a menudo multijurisdiccionales.

Está especializado en asuntos relacionados con el Derecho de la competencia, competencia desleal y propiedad industrial e intelectual. En particular, asesora a sus clientes sobre las estrategias para prevenir y resolver los conflictos en estas áreas y los representa con regularidad ante los tribunales españoles y ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales. Ha contribuido a poner en marcha las actividades del Club Español de Arbitraje de Barcelona y a organizar la sección de abogados jóvenes (CEA-40), de la que fue coordinador durante dos años. En la actualidad es miembro del Comité de Arbitraje del Colegio de Abogados de Barcelona y profesor en la Facultad de Derecho de Esade.

David Guerra Bonifacio

David Guerra Bonifacio es abogado e integrante del despacho LALIVE en su oficina de Ginebra. Está especializado en arbitraje internacional, tanto comercial como de inversión, derecho internacional público y contratos comerciales internacionales en una amplia gama de sectores, incluidos los de energía, minería y telecomunicaciones. Ha participado en numerosos arbitrajes internacionales como representante de parte sometidos entre otros al Convenio y Reglamento Ciadi, al Reglamento Uncitral, al Reglamento CCI, al Reglamento SCC y al Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

Antes de incorporarse a LALIVE en 2008, trabajó como pasante en el equipo de arbitraje internacional de *Schellenberg Wittmer* en Zúrich, y también para la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París (equipo latinoamericano), la División de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas (Cnudmi/Uncitral) en Viena y para el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) en Roma.

Obtuvo un Master en Resolución de Diferencias Internacionales de la Universidad de Ginebra (2008-2010), un Diploma de postgrado en Derecho comercial internacional de la Universidad de Turín (2008) y una Maestría en Derecho (*summa cum laude*) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lisboa (2002-2007), por la que recibió cinco becas por mérito y varios otros premios. En 2007 fue galardonado con el Premio Mejor Joven Abogado, otorgado a los estudiantes de derecho más prometedores en Portugal. David Bonifacio fue también un estudiante visitante Fulbright en la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke (2006), así como un estudiante de intercambio en la Facultad de Derecho de Viena (2007).

Javier Guillén Carames

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ejerce la docencia en Derecho administrativo y Derecho de la Unión Europea. Obtuvo la Licenciatura en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1993) y el grado de Doctor en Derecho por la misma universidad con la Tesis Doctoral: *El estatuto jurídico del consumidor,* dirigida por el Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

Ha sido *Visiting Professor* en diversas Universidades como *Georgetown* o *William and Mary Law School*, Virginia, EE.UU.

Asimismo, es Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (1993 hasta la actualidad), ha sido Consultor jurídico externo de la Comisión Nacional de la Energía (2007-2009). En la actualidad es Consultor Académico del despacho *Herbert Smith Freehills*.

Entre sus libros destacan *El régimen jurídico de la inspección en el Derecho de la Competencia* (2010), *Libre competencia y Estado autonómico*» (2005), *El estatuto jurídico del consumidor (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)* (2002) y *La regeneración de la administración pública en Gran Bretaña* (1996) en coautoría con Jesús Ángel Fuentetaja Pastor.

Elena Gutiérrez García de Cortázar

Elena Gutiérrez García de Cortázar es Licenciada en Derecho y Ciencias Empresariales.

Antes de su incorporación en el año 2008 a la Corte de Arbitraje de Madrid como Letrada, Elena trabajó como *Foreign Associate* en la firma *Wachtell, Lipton, Rosen & Katz*, en Nueva York y durante nueve años en el Departamento de Público, Procesal y Arbitraje del despacho Uría Menéndez, donde se especializó en el asesoramiento a empresas en situaciones litigiosas, interviniendo como *counsel* en numerosas ocasiones ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales ante las principales instituciones arbitrales.

Elena es también la editora de la sección 40 de la revista *Spain Arbitration Review* (Wölters Kluwer) y colabora activamente con el Club Español del Arbitraje (siendo cofundadora del CEA-40). Además, es autora de numerosos artículos doctrinales sobre arbitraje y habitualmente interviene como ponente en diferentes foros especializados en materia de arbitraje internacional y resolución de disputas. Elena imparte clases de arbitraje y resolución alternativa de conflictos en varios programas de grado y postgrado y anualmente ejerce como árbitro en las competiciones internacionales *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* y *Moot Madrid*.

Calvin A. Hamilton

Calvin A. Hamilton es socio fundador y director de *Hamilton*, abogados. El bufete español, con sede en Madrid, presta servicios centrados en arbitrajes nacionales e internacionales y litigios. Calvin Hamilton tiene una experiencia de más de veinticinco años y es uno de los árbitros más destacados de España.

Calvin Hamilton ha actuado como abogado de parte o como árbitro en varios arbitrajes en Europa, Latinoamérica, Estados Unidos de América, África y el Caribe bajo el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, la Cámara de Comercio de Zurich, la Cámara de Comercio Internacional *(International Chamber of Commerce, ICC)*, la Asociación Americana de Arbitraje *(American Arbitration Association, AAA)*, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres *(London Court of International Arbitration, LCIA),* el Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, la *Hungarian Chamber of Commerce* y el Uncitral. Es panelista del Iccan en disputas de nombres de dominio ante el *National Arbitration Forum* y ha actuado como secretario en diversos paneles de arbitraje del ICC. Se halla incluido en la lista de árbitros del LCIA, la Corte de Arbitraje de Madrid, el Centro Internacional de Resolución de Disputas *(International Centre for Dispute Resolution, ICDR),* la Asociación de Arbitraje Suizo (*Swiss Arbitration Association*, ASA), la Asociación de Arbitraje Internacional *(Association for International Arbitration, AIA)* y la base de datos de la Cámara de Comercio Internacional *(International Chamber of Commerce, ICC).* Su experiencia en transacciones transfronterizas abarca fusiones y adquisiciones, redacción y/o formalización de contratos de distribución, agencia, franquicia y transferencia de tecnología, negociaciones contractuales y otros asuntos empresariales.

Calvin Hamilton ostenta la autoría con cierta regularidad de varios artículos en publicaciones como *Mealey's International Arbitration Report* y *Spain Arbitration Review*, y es un activo ponente en conferencias cuya temática versa acerca del arbitraje y los asuntos transfronterizos.

Calvin Hamilton es profesor asociado de Derecho en la Facultad de Derecho del Instituto de Empresa en Madrid. Ha obtenido su licenciatura en Derecho en *Brooklyn Law School* y después completó un Máster en el *Fletcher School of Law and Diplomacy*. Es miembro de las siguientes instituciones: *International Bar Association (IBA), American Bar Association (ABA), New York State Bar Association (Nysba), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), LCIA, ASA, AIA* y pertenece al *Comité Directivo del Club Español de Arbitraje (CEA).* El señor Hamilton está colegiado en Madrid y en Nueva York. Trabaja y se desenvuelve perfectamente tanto en inglés como en español, además tiene nociones de francés y portugués.

Distinciones: Miembro de la Junta Directiva del Club Español de Arbitraje, Profesor de Derecho, Instituto de Empresa, Madrid, Vicepresidente del Comité Ejecutivo de la Sección de Derecho Internacional de la Nysba, Vicepresidente de la Sección de Derecho Internacional, Transacciones, Comerciales Internacionales, Comité de Franquicias y Distribución de la ABA, Miembro del Instituto Colegiado de Árbitros *(Chartered Institute of Arbitrators),* Miembro del panel de árbitros de la Icann, *National Arbitration Forum,* Miembro del Comité Asesor Europeo de la *Fletcher School, Tufts University.*

Clifford J. Hendel

Socio de Araoz & Rueda desde 1997, Clifford J. Hendel ha desarrollado una práctica transaccional y contenciosa, principalmente, en el ámbito internacional.

Nacido y educado en Estados Unidos, tiene doble nacionalidad americana-francesa. Habla inglés, español y francés. Licenciado en Derecho por la *University of Connecticut School of Law* (*cum laude*) y graduado en Económicas por la *Wesleyan University* (*magna cum laude*), cuenta con un Máster en Derecho Deportivo (LL.M. *Global Sports Law*) del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Está admitido para ejercer en Nueva York (1985), Reino Unido y Gales (1995), París (1996) y Madrid (2000), siendo, por tanto, simultáneamente *Attorney*, *Solicitor*, *Avocat à la Cour* y Abogado.

Anteriormente a su incorporación a Araoz & Rueda, fue *off-counsel* en las oficinas de Nueva York y París de una firma líder global. Empezó su carrera profesional como *judicial law clerk* en la *United States Federal Court for the District of Connecticut*.

Cuenta con más de veinticinco años de experiencia de ejercicio en el ámbito internacional, la mayor parte en Europa (incluyendo cuatro años en París) y tiene una dilatada experiencia en operaciones internacionales de financiación, especialmente, operaciones de financiación garantizadas y otras financiaciones estructuradas y apalancadas, en un sector muy amplio de proyectos y activos, asesorando también en operaciones internacionales de fusiones y adquisiciones.

En el área de arbitraje internacional, actúa regularmente como abogado, árbitro único, coárbitro y presidente en diversos procesos arbitrales administrados por instituciones tales como la *International Chamber of Commerce (ICC),* la *London Court of International Arbitration* (LCIA), el *Tribunal Arbitral du Sport (TAS)* y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (CAM).

Miembro de la *ICC Commission on Arbitration and ADR,* figura en el listado de los Comités Nacionales americano y francés de la ICC, y ha sido nombrado por esta institución como árbitro único, presidente y coárbitro en asuntos de distintos órdenes jurisdiccionales, en especial, bajo el marco jurídico español y francés.

Es miembro de la *American Bar Association (ABA),* de la *New York State Bar Association (Nysba)*, de la *International Bar Association (IBA),* de la *Union Internationale des Avocats (UIA),* así como de otras asociaciones profesionales. Es *Fellow del Chartered Institute of Arbitrators,* miembro del *Global Panel of Neutrals* del *International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR),* del *CPR European Advisory Committee,* mediador acreditado por el *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR),* mediador por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos (Cemed), miembro de la *Swiss Arbitration Association (ASA),* del panel de árbitros de *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (Klrca), del panel de árbitros en el área de Energía del *Institute for Energy Law (IEL),* del panel de árbitros del *Centro de Arbitragem Comercial* de la Cámara de Comercio e Industria Portuguesa y del panel de árbitros del VIAC (*Vienna International Arbitral Centre*).

Es presidente del *Spain Chapter* de la *Nysba International Practice Section,* y miembro de la junta directiva del Club Español de Arbitraje, de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (Alarb), del Consejo Europeo de la LCIA, del *New York International Arbitration Center* y del Consejo del *Institute for Transnational Arbitration (ITA).* Es moderador del foro de debate online «Itafor Foro de Arbitraje Latinoamericano».

El señor Hendel ha actuado frecuentemente como árbitro en la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* en Viena, y en la preparación de dichas competiciones en Madrid, así como en competiciones similares en idioma español. Profesor adjunto del Instituto de Empresa, impartió clases sobre Contratación Internacional dentro del programa de su Master Internacional en Derecho, sobre Arbitraje Internacional en el marco de Operaciones Internacionales de Fusiones y Adquisiciones y Financiación de Proyectos en la Universidad de Alcalá de Henares de Madrid y sobre Arbitraje Deportivo en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

María Cristina Hermida del Llano

La profesora Hermida es Doctora en Derecho (1996), título que alcanzó con la calificación de *cum laude* por unanimidad y con la tesis «La filosofía moral y la Filosofía jurídico-política de J.L.L. Aranguren», defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, habiendo sido dirigida por el Prof. Dr. D. Elías Díaz García.

Obtuvo una beca postdoctoral Alexander von Humboldt (Alemania) y realizó una estancia investigadora realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, bajo la dirección del Prof. Dr. Hasso Hofmann (1998-2000). Asimismo ha realizado diversas estancias investigadoras en calidad de *Visiting Researcher* en *Georgetown University Law Center* en Washington D.C. (Estados Unidos).

La doctora Hermida es Miembro de la Asociación Española de Hispanismo Filosófico desde 1995 y de la Asociación Española Alexander von Humboldt desde 2001, Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, en la actualidad, es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Además es Profesora Jean Monnet habiendo obtenido financiación de la Comisión Europea para llevar a cabo el Módulo Europeo *Integration and fundamental rights in the European Union* (2013-2016). *Lifelong Learning Programme. Jean Monnet Programme.*

Es autora de los libros: *José Luis López Aranguren* (1909-1996); *Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento; Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca* (1999), coautora junto al Prof. Dr. Klaus Adomeit; *Los derechos fundamentales en la Unión Europea* (2005); y asimismo, autora del capítulo *El arbitraje y Derecho comunitario europeo* en la obra colectiva *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (2007), «El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Control Constitucional y Arbitraje* (2011); «Presente y futuro del arbitraje en España» en el libro *Abogacía y Derecho. Gestión de conflictos jurídicos* (2012); «Reflexiones sobre la institución del arbitraje en España» en el libro *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid* (2013). Actualmente elabora dos nuevos libros: *Lecciones de Filosofía del Derecho*; *Retos y perspectivas para una sociedad intercultural en el siglo XXI*. Asimismo, es autora de numerosos artículos sobre pensamiento español en el siglo XX, de filosofía jurídico-política y de Derecho de la Unión Europea.

Ha formado parte de diversos equipos de investigación que han contado con financiación externa: «Problemas actuales del control del poder por el Derecho» (1996-1998); «Análisis económico del concepto de poder» (1998-2000); «Derechos Humanos en la era de la interculturalidad» (2009-2012); «La libertad religiosa en España y en Derecho comparado: su incidencia en la Comunidad de Madrid» (2008-2012); «Principio de no discriminación y nuevos derechos» (2012-2015). Mantiene sus líneas de investigación colaborando activamente con diversas universidades del ámbito nacional y extranjeras, entre otras, de Alemania, Austria, Inglaterra, Holanda, Ucrania, Polonia, Rumanía, Chile, Perú, Cuba, México y Taiwán.

Ha obtenido el 19 de septiembre de 2011 una condecoración austriaca: la Insignia de Honor en Oro al mérito por la República de Austria (denominación internacional: Cruz de Caballero I.ª clase). *Goldene Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich*. La condecoración fue concedida por el Presidente de la República de Austria, Fischer. Ha obtenido en 2012 el Diploma Gratitude *for the substantial personal contribution to the educational and scientific sphere development, support for initiatives, active facilitation of Kyiv University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, positive image in the international educational environment and on the occasion of the 17-th anniversary of the University establishment*. Ha disfrutado en 2013 una beca otorgada por el *National Science Council of Taiwan* para realizar tareas docentes e investigadoras en *National University of Taipei (College of Law. The Center for Criminal Law Studies).*

Es Miembro, en calidad de socio, del Gabinete Jurídico de la Universidad Rey Juan Carlos desde noviembre de 2014. Asimismo, es miembro del Claustro Universitario, de la Junta de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de la Comisión de investigación de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Consejero/Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (excedente). Ha sido también Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la *International Association of Procedural Law*. Asociado al Club Español del Arbitraje. Árbitro, entre otras, de la Corte de Arbitraje de Madrid y de la Corte Española de Arbitraje. Miembro del Consejo Editorial de la *Revista Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*.

Es conferenciante y ponente habitual en materia de Derecho procesal y de arbitraje en diversas entidades de prestigio, así como autor de numerosas publicaciones sobre ambas materias.

Se relacionan a continuación algunas de las publicaciones más relevantes sobre arbitraje y ADR, exclusivamente: *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Edersa, Madrid, 1991, 708 pp. [Tesis doctoral con la que obtuvo Premio Extraordinario por la Universidad Complutense de Madrid]; «El recurso de nulidad contra los laudos arbitrales en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica», en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, año 1992, pp. 328-336; «Arbitraje nacional: la experiencia española», en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, año 1999, pp. 353-368; «La nueva ley de arbitraje (I). (Disposiciones generales. El convenio arbitral y sus efectos. Los árbitros y su competencia. La sustanciación de las actuaciones arbitrales», en la *Revista Economist & Jurist*, marzo 2004, n.º 78, pp. 22-34; *La nueva ley de arbitraje* (coordinación con Miguel Moscardó Morales-Vara de Rey y Ainhoa Bergés Sorondo), Expansión, Madrid, 2004, 173 pp.; *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (coord.), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004, 329 pp., y segunda edición, Madrid, 2008, 363 pp.; «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones arbitrales (arts. 34-39)» (con Antonio Hierro Hernández-Mora), en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003* (coordinados por Julio González Soria), Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 381-407, y en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003. Actualizados conforme a las modificaciones*

introducidas por la Ley n.° 11/2011, de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.° 60/2003 (Julio González Soria, coord.), segunda edición, Navarra, 2011, pp. 493-543; «La Ley de Arbitraje de 2003: consideraciones generales», en la *Revista de Derecho Procesal*, año 2005, n.ºs 1-3, pp. 293-344; «De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coordinado por Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 507-571; *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos* (coord.), Cerasa, Madrid, 2006, 212 pp.; «La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje española de 2003», en la *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, vol. 3, pp. 373-398; «La nueva Ley de Arbitraje (Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003): Consideraciones generales», en *La nueva ley de arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 102, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 297-364; «Panorama general del Arbitraje en España», en la *Revista Economist & Jurist*, julio-agosto 2008, n.º 122, pp. 16-24; «El control del laudo: Acciones de anulación y de revisión», en *Curso de Derecho Arbitral* (José Fernando Merino Merchán, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 215-235; «El proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje», en la *Revista Economist & Jurist*, n.º 145, año XVIII, noviembre 2010, páginas 54-68; «La reforma de la Ley de Arbitraje», en la *Revista Economist & Jurist*, n.º 152, año XIX, julio-agosto 2011, pp. 16-27; «Arbitraje Comercial Internacional en España: Marco Legal y Jurisprudencial», en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial* (Antonio Hierro y Cristian Conejero, coords.), segunda edición, La Ley (Grupo Wölters-Kluwer) y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid, 2012, pp. 413-452.

Joan Hortalà Vallvé

Socio del bufete Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Barcelona (1988) y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (1999). Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad de Barcelona (1995) con la calificación máxima de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Ha desarrollado una actividad docente en la Universidad de Barcelona, en la Universidad Pompeu Fabra y en Esade.

Es abogado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Ha sido Inspector de Finanzas del Estado, destinado en la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda desempeñando el puesto de Coordinador de Convenios de doble Imposición en la Subdirección General de Relaciones Fiscales Internacionales y Tributación de No Residentes en Madrid (1994-1997). Fue Experto Nacional en la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea en Bruselas (1997-2000). Ha sido vocal de la sala del Impuesto sobre Sociedades del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (2000-2001).

En el ámbito privado fue socio de *Landwell-PricewaterhouseCoopers* (2001-2007) desde donde dirigió el *Spanish Desk* de Nueva York (2004-2006) antes de incorporarse a Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, donde es socio del área de tributario y financiero, especializado en el ámbito de la fiscalidad internacional y los precios de transferencia.

Tiene publicados varios libros como coautor sobre fiscalidad internacional y publicó en 2006 los «Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición» en Thomson-Aranzadi y, asimismo, es autor del capítulo «El aspecto fiscal en las inversiones internacionales» en la obra colectiva Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales (Lima, 2009).

Jaime L. Iglesias Gallardo

Licenciado en Derecho y DEA por la Universidad de La Coruña, Máster Derecho y Negocio Marítimo por la Universidad Pontificia de Comillas y *LL.M. Master in Maritime Law and Affairs por la University of Wales, College of Cardiff.*

Socio del despacho Garrigues desde 2011 y responsable de la oficina de Sao Paulo desde 2014.

Está altamente especializado en la solución de controversias con un fuerte componente *cross-border*/internacional y, en particular, acumula gran experiencia en materia de arbitraje internacional tras haber actuado en numerosos procedimientos arbitrales *ad hoc* e institucionales.

Jaime es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Consultor em Direito Estrangeiro de la Sección de la OAB- Sao Paulo* desde 2013. Socio del Club Español del Arbitraje (CEA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (Alarb) y de la *Dispute Resolution Board Foundation*.

Ha impartido clases como profesor invitado en la Universidad Pontificia de Comillas (Icade), en la Universidad Carlos III de Madrid, en la Universidad Autónoma de Madrid, en la Universidad de La Coruña y en el Centro de Estudios Garrigues.

Asimismo, es autor y coautor de diversos libros y artículos.

NÚRIA IGLESIAS TATJER

Es licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona con Premio Extraordinario de Licenciatura. Fue asociada del equipo de Arbitraje Internacional del Departamento de Procesal y Arbitraje de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Actualmente es abogada del departamento procesal de Toda & Nel-lo Abogados.

IÑIGO IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA

Profesor de Derecho internacional público en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Imparte docencia en varios Másteres universitarios y ha sido investigador en varios proyectos y contratos de investigación europeos y nacionales. Es autor de numerosas publicaciones en el ámbito del arbitraje de inversiones, entre las que cabe destacar la monografía *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Editorial Bosch, 2010. Es miembro del Comité de redacción en las revistas *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones* y en el *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián.*

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, compaginó los dos últimos años de la carrera de derecho con un MBA del *Know-How Business College*, Máster en Práctica Jurídica de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, Máster de Asesoría de Empresas de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid y Máster en Prácticas Jurídicas y Procedimiento del Centro de Estudios Financieros.

Fundador y Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade; Fundador y Secretario General de la Corte Hispano Marroquí de Arbitraje, miembro de la Junta Directiva del Foro Hispano Marroquí de Juristas, Secretario de la Cámara de Comercio Hispano Iraquí. Es también organizador y co-coordinador del Curso *Online* Programa Superior en la Práctica del Arbitraje y la Mediación Comercial Nacional e Internacional organizado por el Centro de Estudios Económicos y Comerciales, CECO y la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade, profesor del Curso de Capacitación en Arbitraje Internacional impartido en la Cámara de Comercio de Bogotá, profesor invitado en el Curso sobre Especialización del Arbitraje impartido por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y ponente asiduo en seminarios nacionales e internacionales y en numerosos programas de postgrado. Autor de numerosos artículos, publicaciones y partícipe en varias obras colectivas de arbitraje.

FERNANDO JAUREGUIZAR DUCABLE

Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra. Miembro de la Alumni Navarrenses. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Ejerce la profesión de abogado en el despacho Amat i Vidal-Quadras Advocats. Formación en cursos de postgrado en Derecho procesal, inmobiliario, Derecho de transportes, marcas y patentes. Área de especialización: Derecho civil y mercantil, concursal, seguros, transporte, contratos de agencia y distribución, sucesiones, hipotecario, penal económico. En relación con todas estas materias, representa habitualmente a empresas nacionales y extranjeras ante los tribunales españoles. Es profesor del Máster Universitario en Abogacía UIC, Barcelona.

JAVIER JUNCEDA MORENO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y de Número de la Real de Jurisprudencia de Asturias. Académico Correspondiente de la Academia Norteamericana de la Lengua Española. Doctor *Honoris Causa* en Derecho por cuatro universidades iberoamericanas y profesor honorario y visitante de otras seis. Miembro de honor de los colegios de abogados de Lima y Trujillo, Perú. Autor de más de un centenar de publicaciones sobre derecho administrativo, participa en numerosos programas formativos, incluidos los de la Escuela Judicial española. Miembro correspondiente del Real Instituto

de Estudios Asturianos y de honor del Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América latina. Abogado ejerciente. Árbitro. www.junceda.com

Franz Kundmüller Caminiti

Peruano, abogado, consultor y catedrático universitario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad de Piura y la Escuela Superior de Administración de Negocios. Especialidad en negociación, conciliación, arbitraje y arbitraje en inversiones, con amplia experiencia en gestión pública y en el sector privado. Desempeño profesional en el ámbito del arbitraje y en Derecho Internacional Económico. Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, en el Grupo de Inversiones. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje, del Comité Editorial de la Revista *Lima Arbitration* (www.limaarbitration.net) y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú, nombrada por el Ministerio de Justicia. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Consultor en temas de Derecho internacional económico, arbitraje y anticorrupción; autor de diversos artículos especializados en arbitraje, conferencista en foros nacionales e internacionales y coautor del libro «Estrategias para la Agenda Económico-social de la Comunidad Andina de Naciones». Exsecretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, exjefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; Consucode. Exsecretario General del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado peruano; OSCE.

Juan Carlos Landrove

Juan Carlos Landrove es socio fundador del Bufete Landrove en Ginebra, Suiza. Cuenta con diecinueve años de experiencia en la resolución de controversias, de los cuales ha dedicado catorce años exclusivamente al arbitraje internacional. Se ha desempeñado como abogado de parte, perito y árbitro en numerosos arbitrajes, tanto *ad hoc* (Cnudmi) como institucionales (CCI, LCIA, Reglas Suizas de Arbitraje Internacional, Ciadi y AAA/ICDR).

Antes de fundar el Bufete Landrove, trabajó en Ginebra, Madrid y Zúrich para Froriep Renggli, en el grupo de arbitraje internacional (2000-2003), así como en Nueva York y Washington D.C. para *White & Case LLP* (1999-2000), también en el grupo de arbitraje internacional. Anteriormente, trabajó en Ginebra para el departamento de controversias internacionales de *Merkt & Partners* (1994-1998).

Se formó como abogado en Suiza y es también colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) y del *First Judicial Department* de Nueva York.

Juan Carlos Landrove es profesor (*chargé de cours*) de las universidades de Lausana y Ginebra, así como de la Academia Internacional de Ciencias y Tecnología del Deporte (Aists por sus siglas en inglés) y del Instituto de Estudios Inmobiliarios (IEI). Imparte clases de arbitraje internacional (comercial, construcción, inversiones extranjeras y deporte) y de prevención y gestión de controversias en los programas de Bachelor y Master de dichas instituciones.

Ha participado activamente como ponente o moderador en conferencias dedicadas al arbitraje internacional, además de publicar con regularidad sobre este tema. Es autor de diversos libros entre los que destacan *Droit suisse des affaires* (Derecho suizo de los negocios) y *Assignment and Arbitration-A Comparative Analysis* («Cesión y arbitraje-un análisis comparativo»). Es también autor de diversos artículos (versiones PDF disponibles en www.landrove.ch/publication.htm) sobre temas de arbitraje internacional y miembro del Consejo Científico del *Master in Sports Administration (MSA)* del Aists, así como Codirector del *Law Module* del MSA.

Por otra parte, Juan Carlos Landrove es titular de un doctorado en arbitraje internacional (*summa cum laude,* por unanimidad), Universidad de Lucerna (2007), de un *LL.M. in Comparative Jurisprudence*, *New York University (NYU)* (1998-1999), así como de una Licenciatura en Derecho suizo, Universidad de Ginebra (1989-1993) y español, Ministerio de Educación y Ciencia (convalidación, 1994). En el 2008, obtuvo el «Premio Alfred E. von Overbeck» del Instituto Suizo de Derecho Comparado (ISDC), por su trabajo *Assignment and Arbitration-A Comparative Analysis* (2007).

Actualmente, es además miembro de numerosas asociaciones profesionales, entre ellas, la *Swiss Arbitration Association (ASA)* y el Club Español del Arbitraje (CEA).

Fernando Lanzon Martínez

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

Actualmente y 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 el Departamento de *Litigation & Dispute Resolution* de Norton Rose (Londres) y en el Departamento Procesal de Prol & Asociados. Previamente, desempeñó su labor profesional en el Banco Zaragozano (actualmente Barclays), en el ámbito del Departamento de Auditoría Interna.

Tiene amplia experiencia en el asesoramiento en situaciones negociadoras prelitigiosas, así como en procedimientos judiciales y arbitrales ante diversas Cortes, nacionales e internacionales, y es autor de varios artículos relacionados con materia procesal, arbitral y de seguros, 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*.

Es, igualmente, miembro de diversas organizaciones profesionales y del Club Español de Arbitraje.

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena

Es socio del Estudio Rodrigo. Elías & Medrano-Abogados (Lima). Árbitro y abogado de parte en arbitrajes domésticos e internacionales *ad hoc* o administrados por la Cámara de Comercio de Lima, por la Cámara de Comercio Internacional y otras instituciones.

Obtuvo los grados de Bachiller en Derecho y de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), convalidando el grado de Licenciado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, España (1978). Cuenta en su experiencia profesional con una amplia experiencia jurídica, como integrante de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en el Perú (Ceriajus), miembro de la Comisión de Reglamento Arbitral designada por el Ministerio de Justicia (1987), Procurador público *ad hoc* para diversos encargos de defensa judicial del Estado peruano, integrante de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil en representación del Ministerio de Justicia (1991-1992), Vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima (1990-1992), Presidente de la Comisión encargada de formular el Reglamento del Código Procesal Civil (1992-1993), miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (1992-1993), integrante de la comisión encargada por el Poder Ejecutivo para el Proyecto de Ley de Fundaciones (1994-1995), Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil, o como Magistrado suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Asimismo, es autor de los libros *El negocio jurídico*, *El arbitraje*, *Temas de Derecho civil* y *Derecho de sucesiones* y numerosos artículos monográficos.

Catedrático de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), en la Universidad de Lima y en la Universidad de Piura.

Alejandro López Ortiz

Es socio de *Mayer Brown LLP* en París y especialista en arbitraje internacional, tanto comercial, como de inversiones.

Alejandro ha intervenido como abogado, representando a empresas y Estados en numerosos arbitrajes internacionales, ante instituciones como Ciadi, CCI, LCIA, ICDR, SIAC, la Corte de la Cámara de Comercio de Hungría, la Corte de Arbitraje de Madrid, CIMA, la Corte Española de Arbitraje o el Tribunal Arbitral de Barcelona, así como en arbitrajes *ad hoc* bajo el Reglamento Uncitral. Además, actúa frecuentemente como árbitro en arbitrajes ante la CCI, la Corte de Arbitraje de Madrid y en arbitrajes *ad hoc* y pertenece a la lista de árbitros de ICDR y la Corte de Arbitraje de la OMPI. Ha intervenido como experto en materia de orden público internacional ante tribunales judiciales en Irlanda y Noruega.

Es miembro de la *Task Force* de la CCI sobre la Convención de Nueva York de 1958 de ejecución de laudos extranjeros y ha sido el reportero de España en el Estudio «Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU», encargado por el Parlamento Europeo a la Universidad de Brunel y publicado en 2015.

Fue miembro del *Global Advisory Board* de ICDR Y&I, y coordinador del CEA-40 y es miembro de organizaciones profesionales de arbitraje de todo el mundo. Es además miembro de los Colegios de Abogados de Madrid y de París.

Alejandro es licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y tiene un LL.M. en *International Business Law* por la *London School of Economics.* Habitualmente interviene en conferencias y publica acerca de temas relacionados con el arbitraje internacional. También es coautor de las traducciones al inglés de la Ley Española de Arbitraje de 2003 y de su modificación de 2011, y al español de la Ley Francesa de Arbitraje de 2011.

Julio López Quiroga

Abogado de Avante Legal en la oficina de Madrid. Licenciado en Derecho, Universidad Pontificia Comillas-Icade y Máster en Derecho Marítimo del Instituto Europeo de Estudios Marítimos (I.E.E.M). Centra su práctica profesional en el Derecho marítimo, aéreo, del transporte terrestre y de la logística. Asimismo, está especializado en el Derecho de los seguros y reaseguros. Asesora en los aspectos regulatorios, contractuales y contenciosos de dichos sectores, y en operaciones de financiación para la adquisición de activos adscritos a la prestación de servicios de transporte.

Antonio María Lorca Navarrete

Antonio María Lorca Navarrete es Catedrático de Derecho Procesal y de Derecho de Arbitraje de la Universidad del País Vasco. Es Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima (Perú); por la Universidad San Pedro Sula (San Pedro Sula-Honduras); por la Universidad San Pedro (Perú); y por la Universidad Nacional de Trujillo (Perú). Es profesor distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América). Ha obtenido medalla conmemorativa de la Universidad San Martín de Porres de Lima (Perú) con ocasión de su conferencia magistral sobre las «¿Cuestiones complejas del arbitraje?» en el II Curso Anual de Postgrado en Técnica Arbitral (Lima-Perú. Octubre 2010). Ha sido incorporado el día 3 de mayo de 2011 como Miembro Honorario del Colegio de Abogados de La Libertad (Perú).

Ha sido director de varias tesis doctorales sobre arbitraje y como árbitro designado por la Corte Vasca de Arbitraje ha procedido a laudar en distintas ocasiones. Es presidente de la Corte Vasca de arbitraje (Web: www.cortevascadearbitraje.com) y director del curso de postgrado de Especialistas Universitarios en Resolución Extrajudicial de Conflictos, título propio de postgrado de la Universidad Antonio de Nebrija impartido a través del Campus Virtual (Web: http://www.nebrija.com/otros-cursos/curso-posgrado-arbitraje/index.htm).

Carlos Llorente Gómez de Segura

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, Premio Extraordinario de Doctorado, Graduado (LL.M.) con honores *(Stone Scholar)* por la Universidad de Columbia, Nueva York. Abogado en ejercicio desde 1989 en el sector del Derecho mercantil internacional. Ha sido letrado de la firma Baker & Mckenzie, en la que desempeñó el cargo de director de desarrollo y conocimiento y actualmente pertenece a Amya Abogados, despacho especializado en Derecho marítimo, de los transportes y del comercio internacional, interviniendo en procesos judiciales y arbitrales y prestando asesoramiento no contencioso. Es representante de Amya Abogados en el Comité Español de la CCI. Profesor de Universidad desde 1990, ha realizado actividades docentes y de investigación en las Universidades de Navarra, Carlos III de Madrid y Deusto. Es ponente habitual en cursos de postgrado en distintos centros académicos nacionales y extranjeros. Cuenta con un buen número de publicaciones en libros y revistas especializadas, destacando, en el sector de los medios alternativos de resolución de conflictos, sus colaboraciones en el ámbito del arbitraje de transporte terrestre y de la mediación en el sector marítimo. Actualmente, su investigación está enfocada en el Derecho uniforme del comercio internacional, la comparación jurídica en el Derecho contractual y el arbitraje y mediación mercantiles.

Antonia Magdaleno Carmona

Licenciada en Derecho. Premio extraordinario fin de carrera. Premio al Rendimiento Académico por la Generalitat Valenciana. Socio fundador de la firma Antonia Magdaleno Abogados. Profesora asociada del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Profesora de Derecho concursal en la Universidad Católica de Valencia, de la Universidad Jaume I de Castellón y Profesora de la Universidad Internacional de Andalucía. Árbitro del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, del Ilustre Co-

legio de Abogados de Madrid, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valencia, de Aeade, de la Corte Española de Arbitraje y del Tribunal Arbitral de Barcelona. Miembro del Club Español de Arbitraje, presidenta de la Sección de Derecho Procesal del ICAV.

Ha realizado publicaciones y estudios en diversos medios y editoriales, (Anuario de Derecho Concursal, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, *Iberain Lawyer*, *La Tribuna del Derecho*, etc.). Entre sus publicaciones más recientes destacan Capítulo VI-2: «La rendición de cuentas de la administración concursal» en la obra *La administración concursal*, coautora del libro monográfico «Aspectos procesales de la práctica concursal», artículo «El crédito refaccionario (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014)», Capítulo 4: «Cuestiones de Jurisdicción y competencia territorial. Acumulación de concursos conexos» en la obra *Tratado Práctico de Derecho concursal y su reforma*. Colaboradora en el *Diccionario terminológico del arbitraje Internacional nacional e internacional comercial y de inversiones*, «Algunas cuestiones de interés respecto a la anulación de los laudos Ciadi» en la obra *Sistema de anulación de los laudos Ciadi*, *I Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, «La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario», Tirant lo Blanch, 2010, «Crisis inmobiliaria y Derecho concursal», Ed. Aranzadi, «Sobre el alma de la toga», Tirant lo Blanch, «La liquidación anticipada», Aranzadi, y «Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal», Tecnos.

Seleccionada por la publicación *Best Lawyers in Spain* como profesional destacado en *Insolvency and Reorganization Law* de forma ininterrumpida desde 2009 y como «Abogada del año» en la Comunidad Valenciana en la misma materia en 2014. En 2015 y 2016 también incluida en las áreas de *Corporate and M&A* y *European Union.*

Abogada destacada en las ediciones 2009, 2010, 2011, 2013, 2014, 2015 y 2016 del directorio internacional IFLR1000, en las áreas de *Restructuring and Insolvency.* Seleccionada por la publicación *Chambers and Partners Europe* desde 2010 en el área *Restructuring and Insolvency*, destacando que en la edición de este último año (2016), ha incluido únicamente a Antonia Magdaleno en la banda 1, lo que la convierte en la mejor profesional entre todos los administradores concursales de España.

Seleccionada por el directorio internacional Legal 500 en las ediciones de 2013, 2014 y 2015 en el área *Restructuring and Insolvency* y en la edición de 2014 en el área de *Dispute Resolution*. Incluida como *Expert in Dispute Resolution* en la edición del 2011 de *European Legal Experts. Guide to Leading Lawyers for the Restructuring & Insolvency Report de Iberian Lawyer.* Presidenta de la Sección de Derecho Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Diana Marcos Francisco

Es Licenciada en Derecho por la Universitat de València, obteniendo Premio extraordinario de fin de carrera. Fue becaria de colaboración y becaria de investigación predoctoral de formación de personal investigador en dicha Universidad, obteniendo el Doctorado en Derecho con la máxima calificación. Ha obtenido otros reconocimientos y premios, tales como el Premio extraordinario de Doctorado.

Desde la perspectiva docente, impartió lecciones como Profesora de Derecho Procesal en la Universitat de València y desde 2010 es profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir». Ha impartido conferencias en distintas Universidades y ha colaborado con la *Conselleria* de Economía, Industria y Comercio de la Comunidad Valenciana y el Instituto Nacional de Consumo, con la Cámara de Valencia y con el Ilustre Colegio de Abogados de Alzira (docencia en instituciones) como profesora en diversos cursos formativos.

Desde la perspectiva investigadora, fue contratada por la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» con cargo al Subprograma de Ayudas Juan de la Cierva. Ha realizado estancias en centros de investigación y sus investigaciones se han centrado en distintas materias, tales como la orden europea de detención y entrega y las *Alternative Dispute Resolution* (especialmente, arbitraje y mediación), contando con numerosas publicaciones al respecto.

Es Directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir».

Noiana Marigo

Noiana es socia del equipo de Arbitraje Internacional de *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP* en Nueva York. Se especializa en América Latina, asesorando a inversores y Estados soberanos de la región en arbitrajes

comerciales y de inversión tanto en inglés como en español. Su experiencia abarca múltiples sectores, incluyendo petróleo y gas natural, minería, energía eléctrica, agua potable y saneamiento, deuda soberana, industria siderúrgica, telecomunicaciones, alimentos, y servicios aeroportuarios. Actualmente patrocina a varios inversores en procedimientos contra Argentina, Bolivia, Venezuela, Colombia y Ecuador, y representa a la República de Guatemala. Noiana ha publicado varios trabajos en el área de su especialidad y regularmente participa como expositora en conferencias de arbitraje. Es miembro del Comité sobre Protocolos para un Arbitraje Justo y Efectivo del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), del Subcomité de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de la *International Bar Association* (IBA) y del Subcomité Sobre Guías y Reglamentos de la IBA. Noiana fue admitida como abogada en Nueva York y Buenos Aires.

Alfonso Maristany Pintó

Es abogado en la oficina de Barcelona de *Rousaud Costas Duran,* SLP desde 2011. Previamente lo fue de Cuatrecasas Gonçalves Pereira, SLP (2004-2011). Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y LL.M con especialización en resolución de disputas por la Facultad de Derecho de *Queen Mary and Westfield College (London University).* Tiene amplia experiencia en litigación y arbitraje en ámbito nacional e internacional y habla inglés y francés.

Carmen Martínez López

Carmen Martínez López es socia del despacho especializado en arbitraje internacional *Three Crowns LLP,* en su oficina de Londres. Desarrolla su práctica profesional como abogada en el ámbito del arbitraje comercial internacional y de inversiones, habiendo intervenido en arbitrajes *ad hoc* y bajo diversas reglas, incluyendo las del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), o la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Está colegiada como abogada en el Estado de Nueva York, en Inglaterra y Gales (*Registered European Lawyer*) y en Madrid; y conduce arbitrajes en inglés, francés y español.

Es Licenciada en Derecho con Premio Extraordinario Fin de Carrera y Premio Nacional Fin de Carrera por la Universidad de Murcia. Asimismo, tiene un Máster en Derecho con honores (*Mention Tres Bien;* Beca de la CC.AA. de Murcia) por el Colegio de Europa (Brujas) y un LL.M. también con honores (*Stone Scholar;* Beca La Caixa) por la Universidad de Columbia (Nueva York). Antes de su incorporación a *Three Crowns LLP,* fue socia de la oficina de Londres de un despacho internacional. Asimismo, trabajó como asociada en las oficinas de Nueva York y París de otras firmas internacionales.

Jorge Mas Taladriz

Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, en la especialidad de arbitraje por el trabajo «El arbitraje como equivalente jurisdiccional». Profesor de arbitraje en cursos organizados por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE), Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, así como profesor y coordinador del Curso de Capacitación en Arbitraje Internacional impartido en la Cámara de Comercio de Bogotá (Colombia). Coautor del libro *Curso de Derecho Arbitral* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2009). Coautor del libro *Métodos alternativos de solución de conflictos* (Dykinson, Madrid, 2011). Coautor y coordinador del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* («Biblioteca de Arbitraje», Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, Lima, 2012). Coautor capítulo en el *Anuario 2013. Los casos más relevantes de los grandes despachos* (La Ley, Madrid, 2013).

Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con amplia experiencia como árbitro y letrado de parte, habiendo actuado ante diversas cortes nacionales e internacionales y arbitrajes *ad hoc*, y desarrollando actualmente su labor en la firma *Dac Beachcroft* (Madrid) como *Head of Commercial Litigation*.

Gema Mayol Gómez

Licenciada en Derecho (1992) por la Universidad de Barcelona, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde 1997. Cuenta con cursos de postgrado en Derecho de familia, matrimonial canónico, civil y responsabilidad civil. Abogada especializada en la resolución alternativa del conflicto, ha realizado numerosos cursos en materia de negociación, y muy especialmente en arbitraje (Formación de Árbitros y Técnica Arbitral en ICAB, Esade y Tribunal Arbitral de Barcelona) y mediación (Máster ICAB 2009-2010).

Es, asimismo, mediadora habilitada por el Centro de Mediación Familiar de Catalunya. Antes del actual despacho ejerció la profesión en el Bufete Vega Sala (1993-1996) y Pintó Ruiz (1995-1997), entre otros. En la actualidad ejerce la profesión en su propio despacho, actividad que compagina con su cargo de letrada adjunta al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona donde previamente trabajó sucesivamente en los departamentos de deontología, responsabilidad civil y vicedecanato de la Corporación. Igualmente, es miembro de la Comisión de Arbitraje del ICAB y adjunta colaboradora de la Junta Gestora de la misma y es miembro del grupo de trabajo Derecho y Familia de Esade.

Màrius Miró Gili

Socio de Roca Junyent SLP. Licenciado en Derecho y Filosofía, ejerce como coordinador del Departamento Procesal y Civil de la firma. Es abogado en ejercicio desde 1972, actuante ante toda clase de jurisdicciones y grados: Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Audiencias; abarcando todo el ámbito de Derecho procesal, privado, de la personalidad, derechos humanos; y, en general, civil y mercantil.

Ex Profesor de la Universidad de Barcelona, de la Universidad Pompeu Fabra y del Colegio de Abogados de Barcelona. Imparte numerosas conferencias y cursos.

Ha ejercido como árbitro, ya único o ya como presidente del tribunal, en numerosos arbitrajes, nombrado bien directamente por las partes, bien por la Cámara de Comercio e Industria de Barcelona, bien por el Tribunal Arbitral de Barcelona. Vocal y Secretario de la Junta Directiva del Tribunal Arbitral de Barcelona.

Es autor de diversas publicaciones, tales como «La resolución alternativa de conflictos en el ámbito del derecho inmobiliario», en *Derecho Inmobiliario Mercantil* de *VV.AA*. Barcelona, Bosch (2009), «La rescisión por lesión. Última jurisprudencia del TSJC» en Món Juridic (2008), «El protocolo familiar: pactos entre accionistas en las sociedades familiares españolas» (2007), «*L'arbitrato nelle controversie societarie*» (2005), entre otras. Y, asimismo, ha sido y está recomendado por *Chambers Global*, ediciones 2008, 2009 y 2010, en el área de *Dispute Resolution*; por Legal 500, ediciones 2008, 2009 y 2010 en el área de *Dispute Resolution*; por *Chambers Europe*, ediciones 2008 y 2009, en el área de *Dispute Resolution*; por *Best Lawyers International*, ediciones 2008 y 2009 y por *Best Lawyers*, edición 2009, en las áreas de *Arbitration and Mediation* y *Litigation*.

Ana Montesinos García

Personal investigador en el Departamento de Derecho Procesal de la Universitat de València.

Licenciada en Derecho por la Universitat de València en el 2000. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones en Icade, Universidad Pontificia de Comillas en el 2002. Doctora en Derecho Procesal en 2006 por la Universitat de València con la tesis: «Arbitraje y nuevas tecnologías», por la que obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado. Obtuvo, además, en 2004, el *Accésit* del premio «Facultad de Derecho de Valencia» al mejor trabajo de investigación jurídica: «Arbitraje *on line*» y el I premio de fomento al arbitraje de la Corte Vasca de Arbitraje. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Ginebra (Suiza), *Humboldt Universität* (Berlin); *Jeshiva University, Fordham University* (Nueva York), *University College of London* (Londres), *Jhon Marshall Law School* (Chicago), *University College of Dublin* (Dublin), así como en la Corte de Arbitraje Internacional de París. Es miembro del proyecto de investigación: «Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia», (DER2016-74945_R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Es autora de tres monografías: *Las reclamaciones de escasa cuantía*, Thomson Aranzadi, 2011; *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, 2009 y *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Thomson, 2007. Ha publicado numerosos artículos científicos y capítulos de libros relacionados con el arbitraje, entre otros: «El arbitraje de consumo virtual», *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, *AA.VV*. (Cotino Hueso, L., coord.), Tirant lo Blanch, 2008; «Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías», *Arbitraje y justicia en el siglo xxi*, *AA.VV*. (Barona Vilar, S., coord.), Civitas, 2007; «Algunas reflexiones sobre el convenio arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, volumen xxi, 2006; «Los actos de comunicación en el arbitraje, (especial referencia a las comunicaciones electrónicas)», Revista Jurídica *Iustel*, n.º 10, 2006; «La prueba en el arbitraje (las nuevas pruebas electrónicas)», Revista Jurídica *Iustel*, n.º 13, 2007; «El arbitraje colectivo de consumo en España», *UAC* Revista de la Facultad de Derecho de Cuzco, Perú, 2016; «Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje», *Mediación, arbitraje, y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Barona Vilar, ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2016, etc.

Ana Morales Ramos

Trabaja como *legal advisor* del honorable Juez Herbert Kronke en el *Iran United States Claims Tribunal*. Antes de incorporarse al Tribunal en 2013, trabajó como abogada en el equipo de arbitraje internacional de *Hogan Lovells* y, anteriormente, en Pérez-Llorca.

Ana ha intervenido como abogada en múltiples arbitrajes nacionales e internacionales, tanto comerciales como de inversión, ante instituciones como Ciadi, CCI, LCIA, la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Española de Arbitraje o CIMA, así como en arbitrajes *ad hoc* bajo el Reglamento Uncitral. Además, ha actuado como secretaria de tribunales arbitrales y cuenta con experiencia en procedimientos judiciales en apoyo de arbitrajes, en particular, en procedimientos de ejecución de laudos extranjeros en España.

Ana es licenciada en Derecho y Economía por la Universidad Carlos III de Madrid y tiene un LL.M. en *International Legal Studies* por la *New York University.* Además, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y de la *New York Bar Association*.

Sagrario Morán Blanco

Profesora contratada de la Universidad Rey Juan Carlos del área de Derecho internacional público y relaciones internacionales (departamento de Derecho público II) Es Doctora en Ciencias de la Información.

Ha realizado investigaciones en la Universidad de Georgetown, Washington, en el Departamento de Estudios Vascos de la Universidad de Reno, Nevada (EE.UU.), en el Instituto de Ciencias Políticas, París, y en la Universidad de La Habana.

Sus principales líneas de investigación son: terrorismo, cooperación internacional, cooperación al desarrollo de la Unión Europea y derechos humanos, diversidad de la Unión Europea e inmigración, resolución de conflictos armados, guerra e información, desarrollo social y procesos de integración en América Latina, delincuencia organizada.

Es autora de *ETA, entre España y Francia,* Complutense, Madrid, 1997; *PNV-ETA, Historia de una relación imposible,* Tecnos, Madrid, 2004; *Asimetría, Guerras e Información*, Dilex, Madrid, 2009.

Entre las publicaciones en revistas científicas destacan: «Cooperación al desarrollo de la Unión Europea y Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006; «La ampliación y la Inmigración, causas de la diversidad en la Unión Europea», *Revista Estrategia Global*, Madrid, 2006; «La colaboración antiterrorista: el eje Madrid-París», González Calleja (ed.): «Políticas del Miedo. Un balance del terrorismo en Europa». *Biblioteca nueva*, Madrid, 2002; «Desarrollo social y los procesos de integración en América Latina», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, Madrid, 2010, y «Diversidad de la UE y protección de los derechos de las minorías», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 25, 2010. Ha participado en las Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales celebradas en Montevideo con una ponencia titulada «La cooperación al desarrollo en América Latina y su incidencia en los derechos humanos y la migración».

Ha participado en Misiones de Observación Electoral organizadas por la UE, OSCE y ONU en Kosovo, Bosnia Herzegovina, Sierra Leona, Venezuela, entre otras.

Lidia Moreno Blesa

Licenciada en Derecho (Universidad Complutense de Madrid y Premio Extraordinario de Licenciatura). Doctora en Derecho (sobresaliente *cum laude* por unanimidad). Acreditada por la ACAP como Profesor Contratado Doctor y Profesor Doctor de Universidad Privada. Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad Europea de Madrid, donde ha desempeñado también cargos de Directora del Departamento de Derecho, Coordinadora de la Escuela de Práctica Jurídica y Directora del Postgrado «Experto Jurídico en Internet». Especialista en Derecho internacional privado y Derecho comunitario. Publicaciones sobre la regulación de la energía en la Unión Europea, la ley de extranjería, el comercio internacional y el arbitraje.

Alexis Mourre

Alexis Mourre cuenta con una amplia experiencia en el arbitraje internacional *ad hoc* e institucional bajo reglas de la CCI, LCIA, Icsid. *Maîtrise en droit privé* por la Universidad Paris X (1985) y DESS en *Droit du*

commerce international por la Universidad Paris X (1986). Es autor de numerosos artículos y, en la actualidad, es Presidente de la *ICC International Court of Arbitration.*

RAMÓN MULLERAT BALMAÑA (†)

Ramón Mullerat fue *Avocat à la Cour* de Paris, Francia; miembro honorario de la *Law Society of England and Wales*; miembro honorario del *Bar of England and Wales*; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; profesor adjunto de la *John Marshall Law School*, Chicago, EE.UU.; profesor de la Facultad de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico; Exmiembro del Consejo Europeo de la *Emory University*, Atlanta, EE.UU.; Expresidente del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE); Miembro del *Centre for Human Rights de la American Bar Association* (ABA); Miembro de la *Task Force on Attorney-Client Privilege* de la ABA; miembro del *American Law Institute* (ALI); miembro de la *American Bar Foundation* (ABF); presidente del *European Advisory Council* del *International Senior Lawyers Project* (ISLP); miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Estudios Norteamericanos (IEN). Asimismo, fue copresidente del *Human Rights Institute* de la *International Bar Associaton* (IBA); miembro de la *London Court of International Arbitration* (LCIA); miembro del Observatorio de Justicia de Cataluña; presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (AFA); miembro de número y secretario de la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*; expresidente del Consejo Editorial del *European Lawyer*; miembro del Consejo Editorial del *Iberian Lawyer*; y Director del Master Internacional de Derecho del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE).

FREDERIC MUNNÉ CATARINA

Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona con sobresaliente *cum laude* por unanimidad, profesor de Derecho arbitral en la Universidad Abad Oliba CEU, de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull y conferenciante sobre Derecho procesal, arbitraje y mediación en el Colegio de Abogados de Barcelona, Colegio Economista de Catalunya, Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Catalunya e Instituto Superior de Derecho y Economía ISDE.

Jefe de los Servicios Jurídicos del Tribunal Arbitral de Barcelona, desde su fundación (en 1989) hasta el año 2009, socio del Bufete Dret Privat-Munné & Muñoz Sabaté Abogados. Fue presidente de los Abogados Jóvenes de Barcelona 1995/97, Diputado de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona 2001/05 y presidente de la Comisión de Prospectivas Socioprofesionales, de la Comisión de Honorarios, de la Comisión de Mediación y del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Barcelona, así como copresidente de la Comisión Cofcae de la Federación Europea de Colegios de Abogados (FBE). Es miembro fundador y secretario de la Asociación *Iuris* de Abogados, vocal electo de la Patronal de Despachos de Abogados Pimed, vocal electo de la Mutua Profesional de Abogados *Altermutua* y vocal del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de Esade, en cuya escuela de negocios dirige el curso de especialización en Derecho arbitral.

Es autor de diversas publicaciones, entre ellas tres monografías sobre arbitraje y sobre mediación: *La administración del arbitraje*, Aranzadi, 2002; *El arbitraje en la Ley n.° 60/2003*, Experiencia, 2004 y *La mediación: resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, 2013. También es autor de diversos artículos publicados en *La Ley*, 2003; *El mini-trial: un método de resolver los conflictos persuadiendo a las partes*; Anuario de Justicia Alternativa, Bosch, n.° 5/2004; *Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje*; Revista Jurídica de Catalunya, 2007; *La tasación de las costas del proceso arbitra*". Asimismo, es responsable de las secciones de comentarios de jurisprudencia sobre arbitraje en las publicaciones del Anuario de Justicia Alternativa desde 2001 y del Diario *La Ley* desde 2012. También es director de los *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, publicados por La Ley, desde 2010, y de los *Cuadernos de Mediación y Arbitraje*, publicados por la misma editorial La Ley, desde 2012.

ENRIQUE NAVARRO CONTRERAS

Abogado-consultor de Davies Arnold Cooper Abogados, Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho internacional privado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, autor de varias monografías y numerosos artículos, conferenciante habitual en foros nacionales e internacionales.

FABIÁN NOVAK TALAVERA

Abogado, Master en Derecho Internacional Económico y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la especialidad de Derecho internacional público. Director del Instituto de Estudios Internacionales

(IDEI) de la PUCP. Fue también Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa del Perú (2006-2008).

Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Asociado del *Institut de Droit International.*

Carmen Núñez-Lagos

Con más de veinticinco años de experiencia en arbitraje internacional, comercial y de inversión, es socia actualmente del despacho *Hogan Lovells* en París.

Está especializada en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversiones. Es abogada defensora en arbitrajes nacionales e internacionales (CCI, LCIA, Icsid), representando a sus clientes empresariales y estatales en amplios sectores industriales (construcción, energía, telecomunicaciones).

Posee, asimismo, una dilatada experiencia como árbitro y es miembro de numerosos paneles de árbitro (entre otros, Cámara de Comercio Internacional, *London Court of International Arbitration*). Es miembro de la *Comisión de Arbitraje de la CCI* y de la *European Users' Council* de la *London Court of International Arbitration* y asociada del *Chartered Institute of Arbitrators.*

Pertenece a los colegios de abogados de Madrid y de París. Se formó en las Universidades de Zaragoza, Bolonia y Exeter. Ha impartido clases de resolución de controversias en España y en USA. Es miembro del consejo editorial del *International Arbitration and Litigation Case Digest*, de la *School of International Arbitration, Queen Mary College,* Londres. Presidente del capítulo francés del Club Español de Arbitraje (2010-2014). Ha sido socia del despacho B. Cremades en Madrid, y abogada del despacho *Bredin Prat* en París.

María Belén Olmos Giupponi

Profesora en la Universidad Liverpool Hope (Reino Unido). Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Master en Derechos Fundamentales. Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Investigadora asociada en el Instituto Universitario Europeo (Florencia). Investigadora de Postgrado del Ministerio de Educación en el C*onsiglio Nazionale delle Ricerche* de Roma. Profesora de las asignaturas: Derecho internacional público I y II, Derecho internacional privado y Derecho comunitario. Principales líneas de investigación: Integración latinoamericana-caribeña, comercio internacional y derechos humanos, Poder Judicial, Derecho comunitario y políticas de inmigración y asilo, y Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Pertenece al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y es miembro del *Young Arbitrators Forum-Eurpean Chapter (YAF)* de la Cámara Internacional de Comercio. Entre sus publicaciones más relevantes están *Rethinking Trade and Human Rights in the Americas* (Bloomsbury, 2016) y *Free-Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in the Americas* (Kluwer International Law, 2017).

Felipe Osterling Parodi (†)

Fue un jurista especializado en temas civiles, mercantiles, corporativos y constitucionales, así como en arbitrajes. Ha sido Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, desde 1970, la misma que dio origen al nuevo Código Civil peruano de 1984, habiendo elaborado el proyecto de la parte relativa al Derecho de obligaciones, así como su exposición de motivos. Fue fundador de Osterling Abogados en el año 1980 y, previamente, fue socio del Estudio Olaechea desde 1957 hasta 1979.

Fue Ministro de Estado en la Cartera de Justicia desde el 28 de julio de 1980 hasta el 4 de agosto de 1981. Fue Senador de la República por los períodos 1985-1990 y 1990-1992; presidente de las Juntas Preparatorias del Senado en 1990, por haber obtenido la mayor votación nacional; miembro de la Comisión Permanente del Congreso desde 1985 hasta 1992; miembro de la Comisión de Justicia del Senado (1985-1991); miembro de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno (1985-1990); presidente de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno del Senado (1990-1991); y Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores desde 1985 hasta 1992. Desde el 26 de julio de 1991 hasta el 5 de abril de 1992 fue Presidente del Senado y del Congreso de la República.

Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho, de la que es miembro honorario. Además de su ejercicio profesional, fue profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la que ha sido su Decano, y autor de numerosas obras.

Ha sido reconocido por las prestigiosas revistas *Chambers Latin America* de *Chambers & Partners Legal Publishers* y *Who is Who Legal* por su desempeño como árbitro. Ostentaba condecoraciones del Estado peruano y de los Congresos de las Repúblicas del Perú, Bolivia y Chile, así como la Orden de San Raimundo de Peñafort en el grado de Gran Cruz (España).

Blanca Padrós Amat

Blanca Padrós Amat es abogada en ejercicio colegiada en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona desde 1996. Es especialista en Derecho internacional privado, en cooperación judicial internacional en el ámbito civil y mercantil y en asuntos de derecho privado con elementos transfronterizos, especialmente dictámenes de derecho aplicable y tribunales competentes, reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales extranjeros, compraventas y sucesiones con elementos internacionales, contratos de agencia y distribución transnacionales, reclamaciones de cantidad transfronterizas y, en general, asuntos civiles y mercantiles con presencia de personas, bienes o derechos en más de un territorio. En el mundo académico imparte conferencias y sesiones en cursos y másteres de Derecho internacional, es autora de publicaciones, dirige grupos de trabajo, seminarios, congresos y misiones en el ámbito nacional, europeo e internacional, y desde septiembre del 2015 es profesora asociada de Derecho internacional privado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Asimismo, es la Presidenta de la Sección de Derecho Comunitario e Internacional del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en el cual ha llevado a cabo múltiples actividades en calidad de Profesora de Máster en Derecho internacional y comunitario y coordinadora del Módulo sobre Cooperación Judicial Internacional, así como de Coordinadora del Curso de Litigación Internacional y creadora de los encuentros de actualidad jurídica transfronteriza denominados «Crónica Internacional». Anteriormente, formó también parte del *International Litigation Group* y fue la presidenta fundadora del Grupo Ibero-Francófono de Abogados/as y Notarios/as de la red europea *Eurojuris International*, con sede en Bélgica. También es socia de las Cámaras de Comercio Francesa y Belgo-Luxemburguesa en Barcelona, la Asociación Hispano-Alemana de Juristas y la Asociación de Estudios Jurídicos Internacionales. Entre sus conocimientos se hallan, asimismo, siete idiomas, y es traductora intérprete juramentada de francés por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y de Catalán por la *Generalitat de Catalunya*. Se halla inscrita en los Consulados Francés, Belga, Británico y Alemán en Barcelona.

Carmen Parra Rodríguez

La profesora Parra es Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, Diplomada por la Escuela de Altos Estudios Internacionales del CEI y Diplomada en Derecho europeo por la Universidad Libre de Bruselas.

Profesora de Derecho internacional y de Instituciones de Derecho comunitario de la Universidad a Distancia, profesora del curso de Doctorado «Contratos en el ámbito del comercio internacional» de la Universidad de Barcelona, profesora del postgrado en Derecho civil y de Derecho de familia de la Universidad de Barcelona y profesora del Máster en Logística y Comercio Internacional del Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial (CIDE) y el Instituto de Logística Internacional (ILI) de Barcelona.

Es miembro del grupo de expertos del Ministerio de Justicia para la negociación de Convenios internacionales, miembro del Comité Consultivo de la Consejería de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*, miembro del *Observatori de Dret Privat*, presidenta del Observatorio de Economía Solidaria.

En la actualidad, la profesora Parra es Directora de la Cátedra de Economía Solidaria de la Universidad Abat Oliba CEU, donde es también la Secretaria General de la Universidad y profesora de Derecho internacional y de Instituciones de Derecho comunitario.

Milan Pejnovic Delgado

Profesor de Derecho internacional privado y arbitraje internacional, así como de destrezas legales de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Además, es profesor adjunto de los cursos Derecho internacional privado-DIPr, Seminario de Arbitraje y Derecho civil 1 en la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP, así como profesor del curso Responsabilidad civil extracontractual en la Universidad del Pacífico (Perú, 2013), con siete años de experiencia participando en la docencia del derecho (como asistente de docencia, profesor adjunto y profesor). Candidato a Magíster en la Escuela de Derecho de Harvard. Autor de la tesis «Desinformadamente informado: el problema del deber de información en los contratos de consumo de tarjetas de crédito y del artículo con el mismo título. Coautor de los libros *Introducción al DIPr*, tomo III: «Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales» y «Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva».

Ha sido miembro del equipo de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, participando como competidor en la IV Competencia de Arbitraje Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá (2011). Ganador del primer puesto en el concurso *Moot* Lima de Arbitraje (2011), donde también ganó el premio como mejor orador y ganador del segundo puesto en el concurso *Moot* Lima de Arbitraje (2010). En la actualidad se desempeña como *coach* (asistente) del equipo de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP, colaborando en la participación de dicho equipo en la V Competencia de Arbitraje Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires, la Universidad del Rosario de Bogotá y la *American University* de Washington (2012), en la V Competencia Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil organizada por la Universidad Carlos III de Madrid y la Cnudmi (2012-2013), donde el equipo obtuvo el segundo puesto, en la VI Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá (2013), donde el equipo obtuvo el segundo puesto, en la VI Competencia Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil organizada por la Universidad Carlos III de Madrid y la Cnudmi (2013-2014), donde el equipo obtuvo el primer puesto, en la VII Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Rosario de Bogotá (2014), donde el equipo obtuvo el segundo puesto, en la VII Competencia Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil organizada por la Universidad Carlos III de Madrid y la Cnudmi (2014-2015) y en la VIII Competencia de Arbitraje Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires, la Universidad del Rosario de Bogotá y la Pontificia Universidad de Chile (2015).

Exsecretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En la actualidad, es asociado del área de arbitraje del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra Abogados.

Diego Javier Pellegrino

TAG del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guíxols, coordinador del área de Patrimonio y Contratación. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Exbecario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. La profesora Pilar Perales se licenció por la Universidad Autónoma de Madrid (1991), y obtuvo el grado de Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (1996) con Premio Extraordinario. Directora del *Moot* Madrid. Miembro del CISG-AC.

Susana Pérez Escalona

La doctora Susana Pérez es profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de La Rioja. Es Licenciada y Doctora en Derecho y ha obtenido el primer puesto del Premio Nacional de artículos jurídicos «García Goyena», por el trabajo «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica» (2005).

Es autora de monografías como *La asociación y el Derecho de sociedades: una revisión en clave contractual* (2007); *El Derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español* (2007) y de otras publicaciones como *Las fuentes del derecho de asociación* (2000); *La asociación y el Derecho de sociedades: breves notas para un debate* (2004); «El reparto de competencias normativas en materia de asociaciones» (2001); *Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo: los límites a la libertad de contratar en la comunidad de pescadores El Palmar* (2005); *El concepto y la personalidad jurídica de la Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del Derecho nacional* (2005); *La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica* (2006); *Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Asociaciones y distribución de competencias* (2006).

Fernando Piérola Castro

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Berna, con maestría en Administración de Empresas por la Universidad de Ginebra, y maestría en Derecho y Economía Internacionales por las Universidades de Berna, Friburgo y Neuchatel. Abogado principal del Centro de Asesoría en Asuntos de la OMC. Profesor de Derecho del comercio internacional en programas de maestrías de las Universidades de Berna, Lausana y La Sarre. Árbitro internacional en el marco de acuerdos regionales de comercio internacional. Escritor de tres libros y más de treinta artículos sobre el Derecho del comercio internacional, la solución de controversias comerciales y la jurisprudencia de la OMC. Conferencista en temas de Derecho mercantil internacional.

ULISES PITTÍ GONZÁLEZ (†)

Fue profesor de la Universidad de Panamá, área Derecho privado. Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Interamericana de Morelos-México (Campus Cuernavaca), Director del Instituto de Especialización de Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje (en la Universidad de Panamá), Director del Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos de Solución de Controversias Comerciales (Proyecto Bid-Cámara de Comercio), Director-Coordinador de la Elaboración de los Programas Curriculares sobre los (MACS) –Inma– Universidad Tecnológica de Panamá.

MARIA EDUVIGES PONTIGO DRABS

Nacida en Bruselas, Licenciada en Derecho de la Universidad de Salamanca, cuenta con estudios de *Master in European and International Tax Law* de la *Maastricht Universiteit.* Marketing y gestión de despachos del Centro de Negocios de Barcelona, Derecho de los negocios internacionales, arbitraje internacional, Derecho procesal comunitario, Derecho marítimo, entre otras especialidades.

Abogada del Colegio de Abogados de Barcelona, ha trabajado con el *Cabinet d'Avocats Vanderveeren et Associés*, Bruselas, y otros españoles centrados en Derecho privado europeo e internacional, Derecho contractual europeo e internacional, y Derecho procesal español con impacto de DIPr.

Actualmente, es abogada en *Cabinet Global Défense,* despacho internacional que fundó en el año 2009, situado en Barcelona y focalizado sobre las relaciones civiles y de comercio con los países de lengua francesa.

PABLO FERNANDO POZA CISNEROS

Abogado del Estado desde el año 2002, desarrolla su práctica profesional en litigación ante los juzgados y tribunales de Madrid, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Tribunal Supremo, asumiendo a partir del 2005, la asistencia jurídica al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias en el área civil, mercantil y administrativa y participando en la adaptación del ordenamiento español al modelo de libre prestación de servicios derivado de las Directivas Comunitarias reguladoras del Transporte por Ferrocarril.

En 2009 es elegido Asesor Técnico de la Abogacía General del Estado. En el mismo año y hasta el 2015 es Secretario General de la Corte Española de Arbitraje, decana de las instituciones arbitrales españolas y Director del Departamento Jurídico del Consejo Superior de Cámaras en el año 2011. Desde dicha sede ha participado en la tramitación de más de 300 arbitrajes, tanto nacionales e internacionales. Interviene como representante de la Corte Española de Arbitraje en los trabajos y conclusiones de la *Task Force* sobre arbitraje societario del Club Español del Arbitraje. Fue también miembro del Comité Mixto Consejo Superior de Cámaras de Comercio-Consejo General del Notariado, para el impulso del arbitraje y la mediación civil y mercantil.

Desde el año 2011 ha intervenido como árbitro bien de parte, bien como presidente, en arbitrajes nacionales e internacionales seguidos en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, en la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), en la Asociación Gallega de Arbitraje y Mediación, y ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid. Ha participado, asimismo, como letrado en la llevanza de múltiples procedimientos arbitrales ante Cortes arbitrales nacionales y extranjeras, así como en procesos judiciales y constitucionales relacionados con los citados arbitrajes.

En el año 2012 cursa estudios de posgrado *IESE-Harvard University* y en el 2013 se incorpora como Académico Correspondiente a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y es nombrado vocal del Consejo Consultivo de la Agencia Española de Protección de Datos por Acuerdo del Consejo de Ministros.

Ha sido ponente en diversos cursos y jornadas impartidos por Instituciones Públicas y Privadas sobre contratación administrativa, expropiaciones, sector ferroviario, contratación mercantil, mediación y arbitraje en el Instituto Nacional de Administración Pública, Gabinete de Estudios de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Fomento, Consejo General del Notariado, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Estudios Judiciales, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Empresa, Instituto de la Ingeniería de España, *Institute for International Research*, Club Español de la Energía, Asociación Española para el Progreso de la Dirección y Club Español del Arbitraje.

David Ramos Muñoz

David Ramos Muñoz es profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Es Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas y Máster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid, y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Junto a sus tareas docentes en grado (*Corporate and Securities Law*) y postgrado (donde coordina Derecho de los negocios internacionales y la práctica integrada) es coordinador del *Moot* Madrid (Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil) competición organizada por la Uncitral/Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) y la Universidad Carlos III de Madrid, y ha sido durante diez años entrenador del equipo de la Universidad Carlos III de Madrid en el *Willem C Vis International Commercial Arbitration Moot,* incluyendo el año 2008, año de la victoria del equipo. David Ramos Muñoz posee numerosas publicaciones en el campo del Derecho del mercado financiero (*The Law of Transnational securitization*, Oxford University Press, y artículos en la *Capital Markets Law Journal* o *European Company Law Review*) el Derecho de contratos y del arbitraje (en la *Revista de Derecho Mercantil*, Kluwer Law International, o la *Spain Arbitration Review*), y es colaborador habitual de la Universidad de Bolonia, con la que desarrolla diversos proyectos europeos. Es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid.

Andrés Rigo Sureda

Andrés Rigo Sureda es árbitro y mediador internacional, juez del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional, presidente del Comité de Sanciones del Banco Interamericano de Desarrollo, miembro del Comité de Sanciones del Fondo Global y miembro externo del Comité de Sanciones del Banco Africano de Desarrollo. Ha desarrollado la mayor parte de su carrera profesional en el Banco Mundial donde fue vicepresidente jurídico adjunto. Ha escrito sobre temas de Derecho internacional y organizaciones internacionales. Dictó un curso sobre el derecho aplicable a las actividades de los bancos internacionales de desarrollo en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y las conferencias en honor de Sir Hersch Lauterpacht en la Universidad de Cambridge, publicadas bajo el título *Investment Treaty Arbitration. Judging under Uncertainty*. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense, diplomado en relaciones internacionales por la *School of Advanced International Studies* de la Universidad Johns Hopkins y Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge.

César Rivera

Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en la oficina de Barcelona de la firma. Está especializado en litigación y arbitraje en disputas derivadas de operaciones de M&A, contratación mercantil y conflictos societarios. Ha participado en numerosos arbitrajes nacionales e internacionales, tanto *ad hoc* como institucionales. Se licenció en la Universidad de Navarra y realizó un LL.M. en la *University of London* (*University College of London*). Ha sido Coordinador del CEA-40 del Club Español del Arbitraje y socio fundador de la Asociación de Fomento del Arbitraje (AFA), ha impartido diversos seminarios y cursos y publicado artículos sobre arbitraje, litigación y conflictos societarios.

Iván Rodríguez Benzaquén

Es diplomático de carrera y en la actualidad mantiene el grado de Segundo Secretario en el escalafón del Servicio Diplomático de la República del Perú. Licenciado en Comunicaciones (2003) por la Universidad de Lima y Máster en Relaciones Internacionales (2005) por la Academia Diplomática del Perú, donde obtuvo el título de Diplomático. Máster en Marketing (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, 2010). Como diplomático ha servido como Vicecónsul y Cónsul Adjunto del Perú en Barcelona, en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores y, actualmente, en la Embajada del Perú en Brasil.

Carolina Romero Acevedo

Es asociada extranjera de Winston & Strawn LLP en Washington, D.C. y forma parte del área de litigios y arbitraje internacional de la firma. Obtuvo su grado de licenciatura *cum laude* de la promoción del año 2000 de la Universidad Industrial de Santander, Colombia. Se graduó de la especialización de Derecho comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia en el año 2002 y de la especialización de Derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Colombia, en el año 2004. La señorita Romero también obtuvo el grado de Maestría en Derecho de propiedad intelectual de la Universidad George Washington en 2006 (Becaria Fulbright).

La señorita Romero enfoca sus actividades profesionales en el arbitraje internacional. Tiene experiencia ante distintos foros y jurisdicciones y ha trabajado defendiendo a Estados y compañías estatales en múltiples arbitrajes de inversión bajo las reglas del Ciadi y de la Cnudmi.

Está admitida para el ejercicio profesional en Colombia.

Vicente Roldán Martínez

Licenciado en Derecho, Máster en Práctica Jurídica y Asesoramiento Legal de Empresas por la Universidad de Castilla La Mancha, Máster en Banca y Finanzas por el Instituto Superior de Técnicas Bancarias.

Publica artículos en diarios económicos en materia concursal y arbitraje en *Chambers Magazine*, e imparte conferencias en cursos y ponencias sobre Derecho concursal, es, igualmente, profesor del Máster de Asesoría Jurídica de Empresas organizado por la Fundación de Estudios Bursátiles de Valencia.

José Ángel Rueda

Abogado, Asociado Principal de la práctica de arbitraje internacional de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en Madrid (España). Licenciado en Derecho (premio de grado) por la Universidad de Salamanca y Doctor en Derecho (*cum laude*) por la Universidad de Alcalá (España). Es especialista en Derecho internacional de protección de inversiones y ha asesorado en numerosos asuntos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, incluidos arbitrajes de inversiones contra Estados bajo varios tratados internacionales.

Aníbal Sabater

Aníbal Sabater es un especialista en arbitraje internacional y socio en la firma de Chaffetz Lindsey LLP en Nueva York. Aníbal está colegiado para el ejercicio de la abogacía en varias jurisdicciones estadounidenses, en Inglaterra y Gales (*solicitor*) y en España. En este último país obtuvo su licenciatura en derecho (1997) y su doctorado (1999), ambos por la Universidad Complutense de Madrid y con premio extraordinario. Aníbal Sabater ha sido abogado en decenas de arbitrajes internacionales, tanto comerciales como de inversión. Así, por ejemplo, ha actuado en repetidas ocasiones en arbitrajes tramitados de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la AAA/ICDR, CCI, Ciadi, LCIA y Uncitral. También ha sido abogado en mediaciones y conciliaciones internacionales. Asimismo, ha actuado como árbitro único, presidente del tribunal arbitral, coárbitro o árbitro de emergencia en numerosos casos tramitados bajo el Reglamento de la AAA, de la CCI, de la CIAC, del ICDR y del SIAC. Los arbitrajes y mediaciones en que ha participado Aníbal Sabater han sido conducidos en distintas lenguas (español, francés, inglés) y han versado sobre materias tales como compraventa y distribución de mercaderías, construcción, Derecho marítimo, energía (incluyendo el sector eléctrico, gas, petróleo y energías renovables), franquicias, informática, *joint ventures,* marcas y patentes, operaciones bancarias, sector alimentario, transporte internacional o inversión extranjera. Las normas aplicables para resolver los arbitrajes y litigios en los que Aníbal Sabater ha intervenido, incluyen el Derecho internacional y el Derecho nacional de países como, por ejemplo, Alemania, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Luxemburgo, México, Mónaco, Rusia y Venezuela. Las sedes de los arbitrajes internacionales y litigios en los que ha intervenido Aníbal Sabater, incluyen Bogotá, El Cairo, Houston, Ginebra, La Haya, Londres, Los Ángeles, Madrid, Miami, Montevideo, Nueva York, París, Washington DC y Zúrich. En su práctica profesional, Aníbal Sabater también asesora a clientes sobre el mecanismo adecuado para resolver controversias y sobre asuntos de conflictos de leyes. Interviene con frecuencia en procesos judiciales relacionados con temas arbitrales (por ejemplo, en procesos para la ejecución o impugnación de laudos y para la obtención de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje). Aníbal Sabater es autor de numerosas publicaciones especializadas y conferencista habitual en cuestiones de arbitraje internacional.

Rita Sabroso Minaya

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho civil en dicha Universidad. Con estudios en la Maestría en Derecho de la propiedad intelectual y de la competencia de la referida casa de estudios.

Especializada en Derecho civil, Derecho arbitral, y Derecho de la competencia y propiedad intelectual. Desde el 2007 es secretaria arbitral en diversos procesos *ad hoc*.

Ha sido asistente y adjunta de docencia en el curso de Contratos típicos I y Derecho de las obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado, en coautoría con Mario Castillo Freyre, los libros *La teoría de los actos propios* (2006) y *El arbitraje en la contratación pública* (2009).

Asimismo, ha publicado, como autora y coautora, diversos artículos sobre arbitraje y propiedad industrial en diversas revistas de derecho del país y del extranjero.

Expositora en diversos eventos sobre Derecho civil, arbitraje, contratación pública y propiedad industrial. Ejerce la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre.

Carmen Salvado Santos

Licenciada en Derecho en el año 2005 por la Universidad de La Coruña, ha completado estudios de postgrado con el Curso de especialización en marcas, patentes, derechos de autor y competencia del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (año 2006). Abogada asociada del despacho Amat &Vidal-Quadras Advocats y miembro del área civil y procesal-contenciosa. Es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde el año 2006. Áreas de especialización: propiedad industrial e intelectual, Derecho de la competencia y publicidad.

Víctor Manuel Sánchez Álvarez

Abogado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Tiene experiencia en arbitraje doméstico e internacional, en instituciones como la *International Chamber of Commerce (ICC), London Court of International Arbitration (LCIA), Vienna International Arbitration Centre (VIAC),* Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), etc. Ha sido *foreign associate* en *Pinheiro Neto Advogados, São Paulo (2012-2013).*

Es Licenciado en Derecho (2001) y en Administración y Dirección de Empresas (2003) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y *LLM (Master of Laws)* (2004) por la *University of Manchester.* Es profesor asociado de Derecho civil en la Universidad Pompeu Fabra.

María Victoria Sánchez Pos

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra y profesora de Derecho procesal de su Facultad de Derecho. Autora de varias publicaciones sobre arbitraje y mediación, entre las que destacan las monografías «El control judicial en la ejecución del laudo arbitral» (Aranzadi, 2009) y «La ley de medidas de agilización procesal y la ley de mediación: exposición de las reformas recientes de la justicia civil» (con Faustino Cordón Moreno, Aranzadi, 2012), así como numerosos artículos en revistas especializadas y capítulos en obras colectivas. Ha sido ponente en congresos nacionales e internacionales y ha realizado estancias de investigación en centros extranjeros de reconocido prestigio como la Universidad de Fordham (Nueva York, 2012) y la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary (Londres, 2013).

Jordi Sellarès Serra

Nace en Barcelona en 1966. Licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona (UB) (1984-1989). Máster en Relaciones Internacionales por la *University of Cambridge.*

(1990-1991). Doctor en Derecho por la UB (2002). Desde 1991, profesor asociado de Derecho internacional público en la UB y en la licenciatura de Derecho de Esade. Colabora en el bufete del abogado Juan Ignacio Torredemer, hoy cónsul honorario de Eslovaquia (enero 1992-julio 1993). Desde entonces trabaja en el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, primero como Asesor Técnico (1993-2004), luego como Vicesecretario (2004-2009), y ahora como Director, compaginándolo con la docencia en la UB y en Esade. Asesor jurídico del ministro de Asuntos Exteriores de Andorra en la delegación de este país en Viena ante la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), (enero-abril 2004). Profesor visitante de la Universidad de Puerto Rico (enero-marzo 2007) y la Rafael Landívar (Guatemala, agosto 2007). Conoce los idiomas francés y alemán, además del inglés, y tiene nociones muy básicas de noruego.

Eduardo Silva Romero

Doctor en Derecho por la *Université Paris 2 Panthéon-Assas,* es el jefe del equipo de arbitraje internacional de *Dechert* (París). Exconsejero Adjunto, Consejero y Secretario General Adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, ha actuado como abogado en arbitrajes CCI, Ciadi, AAA y de la Cámara de Comercio de Estocolmo y en arbitrajes *ad hoc*, bajo el Reglamento Cnudmi.

En su trayectoria profesional, ha sido reconocido como uno de los cuarenticinco mejores abogados de menos de cuarenticinco años de edad (*45 under 45*) por la *Global Arbitration Review*, y mencionado por *Legal 500*, *Chambers Europe*, *Chambers Latin America* y *Décideurs Stratégie Finance Droit*.

Es miembro del Colegio de Abogados de Bogotá y París. Es cuadrilingüe (castellano-francés-inglés-portugués) y miembro de varias instituciones, asociaciones y comisiones como el Instituto de la CCI sobre Derecho Mercantil Internacional (ICC –*Institute of World Business Law*–). Miembro y Exsecretario del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Miembro colombiano de la Comisión de Arbitraje de la CCI (*ICC Commission on Arbitration*). Presidente del Grupo de Trabajo sobre los Arbitrajes que implican un Estado o entidades estatales de la CCI.

MARGARITA SOTO MOYA

Licenciada en Derecho. Antes de su incorporación al despacho Garrigues, trabajó como Asociada Extranjera en el despacho escocés Dundas & Wilson, en el Departamento de M&A. En 2003 se incorpora al despacho Garrigues donde actualmente es asociada del equipo de Arbitraje Internacional del Departamento de Procesal y Arbitraje de Garrigues donde desempeña su actividad interviniendo en transacciones comerciales internacionales asesorando a los clientes en situaciones negociadoras prelitigiosas e interviniendo como *counsel* ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales. Asimismo, ha sido designada en numerosas ocasiones para actuar como secretaria administrativa de tribunales arbitrales bajo los reglamentos de la CCI, la LCIA, AAA, TAS/CAS y la Corte de Arbitraje de Madrid.

Coordinadora de la sección 40 del Club Español del Arbitraje (siendo cofundadora de la misma), miembro del *Taskforce* creado por el CEA, en relación con la revisión de las Reglas de la IBA sobre la práctica de prueba en el arbitraje comercial internacional, Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators*, Miembro de la *London Court of International Arbitration (Young International Arbitration Group)*, Miembro del *Young Arbitrators Forum* de la Corte de Arbitraje Internacional (CCI), imparte clases de arbitraje en varios programas de formación a empresas y, anualmente, ejerce como árbitro en la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.*

LUCILLA TALAMAZZI

Es Licenciada en Derecho por la Universidad del País Vasco de San Sebastián (2008) y Máster en Abogacía Internacional cursado en el Instituto Superior de Derecho y Economía (2008-2009). Ejerció como abogada en la firma Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, en el departamento de contencioso y arbitraje internacional hasta el pasado año 2014. Actualmente, trabaja como abogada *in-house* en el departamento jurídico de la empresa de moda Pronovias.

MERCEDES TARRAZÓN

Socia fundadora de *Dispute Management, SL*. Abogada, árbitro y mediadora acreditada, con sólida experiencia, asimismo, en gestión y gobierno corporativo por su involucración hasta el 2000 en las empresas familiares.

Está incorporada a los paneles de árbitros y mediadores del *International Center for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association*, del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI y del *CPR International Institute for Conflict Prevention and Resolution*; así como al de mediadores de la plataforma *Risolvi online* de la *Camera Arbitrale di Milano*. Mercedes ha actuado, asimismo, como árbitro y como mediadora en expedientes CCI.

Doblemente *Fellow* del *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) y *Distinguished Fellow* de la *International Academy of Mediators* (IAM), es miembro por España en la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Cónsul del Consulado de Mar de la Cámara de Comercio de Barcelona, miembro del Tribunal Arbitral de Barcelona, así como miembro de la Junta Directiva del Club Español de Arbitraje y presidenta de su Comisión de Mediación.

Entre sus responsabilidades pasadas, cabe mencionar que Mercedes fue vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) (2008-2014), miembro de la Junta Directiva del *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) (2006-2012) y miembro del *CPR European Advisory Committee*.

Ponente habitual en foros de arbitraje y ADR y profesora invitada por diversas instituciones en estas disciplinas, Mercedes es directora académica de los cursos de negociación y mediación DIMA Training®.

La actividad científica de Mercedes incluye además su participación como experta en la elaboración del Código Deontológico Europeo para Mediadores (2004), la dirección del Código de Buenas Prácticas en

Mediación del CEA (2013) y la publicación de diversos artículos en revistas especializadas. También ha participado como mediadora, juez y miembro del Comité de Redacción en distintas ediciones de la Competición de Mediación de la CCI.

Who's Who Legal ha reconocido a Mercedes como mediadora en sus anuarios *Mediation* del 2012 al 2016 y como árbitro en su anuario *Arbitration* del 2015.

Miguel Temboury

Miguel Temboury Redondo nació en Bruselas (Bélgica) en 1969. Es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales y en Derecho.

Pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado desde 1996. Como miembro de este Cuerpo entre 1996 y 2000 trabajó sucesivamente en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en el de la Comunidad de Madrid, así como en la Dirección General de Seguros. Durante un año fue abogado del Estado Jefe en la Secretaría de Estado de Economía, Energía y PYME hasta que en el 2001 fue nombrado Asesor para Consejo de Ministros dentro del Gabinete del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía. Desde el 2002 al 2004 ocupó el cargo de Director del Gabinete del Ministro de Interior.

En 2004 pasó a la excedencia integrándose como Socio en el departamento de Derecho administrativo y sectores regulados de Pérez-Llorca. Posteriormente, en 2007, fundó Temboury Abogados. En ese mismo año fue designado presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid.

Pedro Tent Alonso

Licenciado en Derecho en 2002 (Premio Extraordinario de Licenciatura) por la *Universitat de València, Estudi General* (España), es desde 2011 Profesor Asociado en esa misma institución, en el área de Derecho internacional privado, donde imparte clases de Derecho del comercio internacional.

Se incorporó al departamento de litigación y arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P. en 2006 y fue designado Letrado Asociado Principal en 2014. Su campo de práctica profesional se concentra en la litigación y arbitraje (nacional e internacional) relativos a disputas de naturaleza mercantil.

Profesor invitado desde el año 2011 del *Magíster Lvcentinvm* de la Universidad de Alicante, donde ha impartido seminarios relativos a *EU Plant Variety Protection System* e *International Protection of IP Rights*.

Claudia Velasco Papineschi

Es abogada asociada del despacho *Cuatrecasas Gonçalves Pereira,* en el grupo contencioso y de arbitraje internacional de la oficina de Madrid. Tiene experiencia en arbitrajes domésticos e internacionales ante instituciones como la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), Corte Española de Arbitraje e *International Chamber of Commerce* (ICC). Es Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid (2009).

Elisa Vicente Maravall

Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. *Master Executive* en Derecho empresarial del Centro de Estudios Garrigues en colaboración con *Harvard Law School.* Representó a la Universidad Carlos III en 2009 como miembro de su equipo en la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, en Viena, y en la competición *Willem C. Vis (East) International Commercial Arbitration Moot*, en Hong Kong, donde obtuvo una *Best Oralist Honorable Mention*. En el año 2010 se incorpora al despacho Garrigues donde actualmente es asociada senior del equipo de Arbitraje Internacional del Departamento Procesal y de Arbitraje de Garrigues y desempeña su actividad interviniendo en transacciones comerciales internacionales, asesorando a los clientes en situaciones prelitigiosas (en particular, en contratos de construcción Fidic) e interviniendo como *counsel* ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales bajo los reglamentos de la CCI, la LCIA, AAA, TAS/CAS, CAM y CIMA. Asimismo, ha sido designada en varias ocasiones para actuar como secretaria administrativa de tribunales arbitrales bajo los referidos reglamentos.

Es Profesor Asociado de *IE University* desde septiembre del 2016. Asimismo, es profesor colaborador en materia de arbitraje en el «Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado» de la Universidad Autónoma

de Madrid y profesor colaborador en materia de arbitraje en los cursos internacionales ofrecidos por el Centro de Estudios Garrigues. Además, ha preparado al equipo de la Universidad Pontificia de Comillas (Icade, Madrid) para la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, en Viena y, anualmente, ejerce como árbitro tanto en dicha competición como en el *Moot* Madrid. Miembro del Club Español de Arbitraje -40 (CEA -40); *LCIA Young International Arbitration Group (YIAG); Groupe ASA des Jeunes Praticiens de l'Arbitrage (ASA Below 40)* e *ICDR Young & International of the AAA (ICDR Y&I).*

Habla seis idiomas y entre sus últimas publicaciones cabe destacar: *Análisis comparativo de la prueba en el arbitraje internacional: ¿disclosure o discovery?, Estudios de arbitraje internacional (entre la práctica arbitral y la investigación científica)*, 2015; *Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica,* Pub. Unijes University of Deusto, Comillas-Icade and Esade, «Preventing Legal Conflicts in Unstable Economic Times», 2013; *Comentario al artículo 23 la Ley n.º 5/2012, de 6 de julio de 2912, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Pub. *Court of Arbitration of the Official Chamber of Commerce and Industry of Madrid* (CAM), 2012; *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Cremades, Anne-Carole y Jorge Luis Collantes (dir.) (*et al*.), Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2011.

Javier Vidal-Quadras Trías de Bes

Socio fundador del despacho Amat i Vidal-Quadras, Advocats, responsable del área civil y procesal-contenciosa. Licenciado en Derecho (1984) por la Universidad de Barcelona, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde 1988. Antes del actual despacho ejerció la profesión en el Bufete Torralba (1981-1993), J&A Garrigues (1993-1998). Ha sido profesor asociado en la Universidad Abat Oliba, Universidad Internacional de Cataluña y Esade-Ramon Llull. Ha colaborado en diversas publicaciones especializadas.

Emilio Paolo Villano

Está colegiado como abogado en Madrid (España) y en Turín (Italia) y es actualmente *counsel* en el despacho-boutique EDGE Legal en Bruselas. Su práctica jurídica se centra, principalmente, en el arbitraje comercial internacional, en el Derecho de la distribución y en el Derecho europeo de la competencia (en particular, en los asuntos «verticales»).

Es actualmente Presidente del Capítulo belga del Club Español de Arbitraje y vicepresidente del Capítulo italiano. Es igualmente mimbro del *Advisory Board* de ArbIt. Es además miembro de varias asociaciones profesionales, incluyendo el Cepani, el Club Español de Arbitraje, la *Association Suisse de l'Arbitrage* (*ASA Below 40*) y del *Chartered Institute of Arbitrators* (ACIArb).

Ha sido ponente en conferencias y congresos nacionales e internacionales, incluyendo el X Encuentro del CEA-40 (Madrid, 2016), el IV Encuentro de los Capítulos Internacionales del CEA (Panamá, 2016), las conferencias ICC-YAF en Turín (2016) y Bruselas (2016). Es autor de publicaciones en tema de arbitraje comercial internacional, arbitraje societario y Derecho europeo de la competencia.

Isabel Viola Demestre

La profesora Isabel Viola es Licenciada y Doctora en Derecho. Es, también, Máster en gestión y resolución de conflictos: mediación por la Fundación Bosch Gimpera–*Les Heures* (Universidad de Barcelona). Ha realizado tareas de investigación sobre distintos temas del área de Derecho civil, en particular, en sede de obligaciones y contratos, destacando su labor en el tema relativo a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios a instancias del deudor y el contrato de transacción en el Código Civil; también se ha dedicado al estudio de instituciones del Derecho de familia, con especial atención, a las cuestiones relativas a la mediación familiar. Es coautora del capítulo jurídico del Libro Blanco de la mediación en Cataluña (2010). Ha realizado estancias de investigación en Italia (Universidad de Salerno) y en Francia (Biblioteca Nacional en París y en la Universidad de Lyon-2).

En la actualidad, la doctora Viola es profesora titular de Derecho civil en la Universidad de Barcelona.

Fátima Yáñez Vivero

Profesora titular de Derecho civil en la UNED desde diciembre del 2011. Se doctoró en el año 2001 con una tesis titulada «Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo

sobre bienes exgananciales», dirigida por los profesores Manuel Amorós Guardiola y Manuel de Soroa. Por la citada tesis obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado concedido por la Universidad San Pablo-Ceu para las tesis leídas en los cursos 1999-2000 y 2000-2001. Obtuvo, además, en 2002, el Accésit del «Premio Jerónimo González», concedido por el Colegio de Registradores de España a tesis doctorales relacionadas con temas registrales. Ha realizado estancias como investigadora y como *visiting professor* en las Universidades de Salerno (Italia), en noviembre del 2005 y noviembre del 2006; en la Universidad de Siena (septiembre del 2007 y julio-septiembre del 2010); en la *Corte Costituzionale* italiana y en la Universidad *La Sapienza,* en octubre del 2007; en la Universidad de Colonia (Alemania), en marzo del 2006; en el *Poder Judicial* de Costa Rica, en enero del 2009 y en la Universidad de Verona (verano 2012). En España, ha disfrutado de una beca de investigación en el *Instituto de Empresa Law School*, desde febrero de 2002 hasta marzo de 2003. Forma parte del grupo investigador de varios Proyectos de Investigación concedidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y por el Ministerio de Trabajo (España), así como del Grupo de Investigación Consolidado, «Protección Civil de la persona», cuyo responsable es el Prof. Lasarte Álvarez. Es socia correspondiente de la *Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (Sisdic)* y participó como ponente en diversos Congresos Internacionales organizados por la *International Society of Family Law (ISFL)*

Las principales líneas de investigación desarrolladas cronológicamente son régimen económico matrimonial, mecanismos de protección del crédito, concurso de persona casada, tutela encomendada a personas jurídicas, preferencias crediticias de carácter general, arbitraje testamentario, responsabilidad civil y daños originados por personas con discapacidad, los alimentos en el concurso, el concurso de herencia… Los temas de investigación expuestos cristalizan en la publicación de cuatro monografías (una de ellas en coautoría con el Prof. Lasarte y la Profª. López Peláez), así como en diversos capítulos de libros y artículos de revista publicados en la Revista de Derecho Privado, *RCDI*, *Aranzadi Civil*, *Actualidad Civil* o en el *Anuario de Derecho Civil*, entre otras.

En el año 2010 obtuvo el Premio a la Mejor Ponencia de la Comisión Tercera del I Congreso Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, organizado por la *Fundación Aequitas del Notariado Latino* (Buenos Aires, junio del 2010), con un trabajo titulado «Libertad y responsabilidad de las personas con discapacidad: una perspectiva comparada en el ámbito del Derecho de daños a la luz de la Convención de Nueva York de 2006».

Desde marzo del 2013 es Vicedecana de Profesorado, Ordenación Académica y Estudiantes en la Facultad de Derecho de la UNED. fyanez@der.uned.es.

Pedro L. Yúfera Sales

Es licenciado en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid (1987) y Diplomado por la Escuela Diplomática en los cursos sobre las Comunidades Europeas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Resultó elegido Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (mandato 2005-2009) y fue vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona desde abril del 2008 hasta abril del 2009. Exdecano del citado Colegio y Exvicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española.

Ha ejercido la docencia como profesor de Derecho Civil en la Universidad Central de Barcelona (1982-2000). En la actualidad, y desde el año 2000, es profesor asociado de Derecho Civil de Esade-Facultad de Derecho (Universidad Ramón Llull), y desde 1995 como profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona.

Es miembro del Consejo de Redacción de la Revista Sepin y autor de numerosas publicaciones jurídicas y literarias.

Carmen Venegas Grau

Desde el año 2009 es la Directora del Club Español del Arbitraje (CEA), asociación sin ánimo de lucro que cuenta con más de 900 socios, especialistas en arbitraje, de cuarenta países y veintioco capítulos internacionales. Asimismo, ha actuado como árbitro único y como coárbitro en arbitrajes *ad hoc* y en procedimientos arbitrales ante la Corte de Arbitraje de Madrid, de cuya lista de árbitros es miembro desde enero del 2008.

En el año 2006 se incorporó al equipo de litigación y arbitraje de Pérez-Llorca como abogada *sènior* (jefe de equipo y responsable del *French Desk*), procedente del Departamento de Procesal y Arbitraje de *Linklaters*

en Madrid. Con anterioridad, trabajó como Consejera adjunta en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París. Ha participado como abogada en arbitrajes domésticos e internacionales, ya sea *ad hoc* o administrados por instituciones como la CCI, la *London Court of International Arbitration (LCIA),* la Corte de Arbitraje de Madrid y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA).

LL.M. in International Legal Studies por la Universidad de Georgetown (Washington, D.C.). Becaria Fulbright. Miembro fundador del *European Law Alumni Advisory Board* de la Universidad de Georgetown. DEUG, *Licence, Maîtrise y DEA en Lettres Romanes* por la Universidad Paris IV-Sorbonne (París). *Classes Préparatoires aux Grandes Écoles (Hypokhâgne y Khâgne)* en el *Lycée Henri IV.* Licenciatura en Derecho por la Universidad de Valencia (especialidad en Derecho Privado). Intérprete jurado de francés, Ministerio de Asuntos Exteriores. *Lauréate du Concours général des lycées.*

Ha impartido clases sobre arbitraje y litigación en la Universidad Pontificia de Comillas (Icade), en el Programa de Práctica Arbitral del Instituto de Empresa, en el Master en Derecho Privado organizado por el ICAM y en el Master en Derecho de los Negocios de la Fundación Carolina en colaboración con el ICAM y participa regularmente como ponente en seminarios sobre arbitraje. Ha colaborado como autora en numerosas publicaciones sobre arbitraje como, entre otras, *El comentario a la ley de arbitraje*, Marcial Pons, 2006, *Los comentarios a la ley de arbitraje*, La Ley, 2013, la *Spain Arbitration Review* y la revista de *Chambers & Partners Client Report*, sección *Expert Opinion*.

Nicolás Zambrana-Tévar

El profesor Zambrana-Tévar es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Comercio Exterior por la Universidad de Alcalá de Henares y *Master of Laws* por la *London School of Economics and Political Science*. Ha trabajado en *Freshfields Bruckhaus Deringer* y en *Garrigues Abogados* en materia de arbitraje y litigios internacionales.

Ha sido profesor invitado y conferenciante en la Centro Universitario Villanueva (Madrid), en la *East China University of Politics and Law* (Shanghai, China) y ponente en el Congreso Internacional Arbitraje 2007 de la Embajada de Francia en Lima, el Estudio Mario Castillo Freyre y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tablas de traducción de vocablos a cargo de:
Domitille Baizeau y Jaime Gallego (español-inglés e inglés-español)
Anne-Carole Cremades (español-francés y francés-español)

Estas tablas de traducción cumplen un doble objetivo. El primero es que el lector encuentre la traducción al inglés y al francés del vocablo en español. A esta finalidad se ha dedicado la primera tabla con tres columnas (español-inglés-francés). No se pretende con ello dar una lista exhaustiva de traducciones, sino ofrecer una o dos de las traducciones más utilizadas, intentando que éstas permanezcan fieles al concepto que se ha desarrollado en la Enciclopedia.

El segundo objetivo consiste en permitir al usuario que sea conocedor del vocablo en inglés o en francés encontrarlo en español; y, a su vez, encontrar su desarrollo en la Enciclopedia. A esta finalidad se ha dedicado la segunda tabla (inglés-español) y la tercera tabla (francés-español).

No todos los vocablos listados en las tablas se han desarrollado en esta Enciclopedia. Sin embargo, hemos confeccionado estas tablas de traducción con el objetivo de encontrar un desarrollo estrechamente conexo en la Enciclopedia. Así, «Cláusula arbitral» no consta en la Enciclopedia, pero consta el término «Convenio arbitral». El primero se remite al segundo de esta forma: Cláusula arbitral (ver «**Convenio arbitral**»). Todos los vocablos que se hayan desarrollado en la Enciclopedia se han resaltado en **negrilla**.

Primera tabla:
Traducción del vocablo en español al inglés y al francés

Español	English	Français
A		
Abstención del árbitro	Decline an appointment to act as arbitrator; Refuse an appointment to act as arbitrator	Abstention de l'arbitre; Refus de l'arbitre d'accepter sa nomination
Abuso de derecho (en el arbitraje)	Abuse of right/process (in arbitration)	Abus de droit (dans l'arbitrage)
Acción de anulación	Annulment action; Setting aside application; Challenge	Recours en annulation
Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi	Interpretation, review and annulment of the award under the Icsid Convention/rules	Interprétation, révision et annulation de la sentence rendue sous l'égide du Cirdi
Acta de misión	Terms of Reference	Acte de Mission
Actos *iure imperii* **(ver «Inmunidad del Estado»)**	*Iure imperii*; Acts of a sovereign authority	*Iure imperii*
Actos *iure gestionis* **(ver «Inmunidad del Estado» y «**iure gestionis**»)**	*Iure gestionis*; Acts of a private law character by the state	*Iure gestionis*

Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales	Arbitration agreement in contracts with international organizations	Convention d'arbitrage dans les contrats avec les organisations internationales
Acuerdo de arbitraje **(ver «Convenio arbitral»)**	Arbitration agreement	Convention d'arbitrage
Acuerdos de sede **(ver «Arbitraje en acuerdos de sede»)**	Headquarters agreement	Accord de siège
Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri)	Bilateral Investment Treaty (BIT)	Traité Bilatéral d'Investissement (TBI ou BIT)
Acumulación de pretensiones	Joinder of claims	Jonction de prétentions
Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones	Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA)
Alegaciones	Pleadings; Arguments	Mémoires; Ecritures
Allanamiento	Acquiescence; Submission	Acquiescement
American Arbitration Association **(«AAA»)**	American Arbitration Association (AAA)	American Arbitration Association (AAA)
Amicus curiae	*Amicus curiae*	*Amicus curiae*
Amigable composición **(ver «Arbitraje de equidad»)**	Arbitration in equity; Arbitrators deciding as *amiables compositeurs*	Amiable composition
Anti-suit injunction **(ver «Medida antiproceso»)**	Anti-suit injunction	*Anti-suit injunction;* Mesures anti-procès; Mesures anti-poursuite
Anulación parcial del laudo	Partial annulment of the award	Annulation partielle de la sentence
Alternative Dispute Resolution **(ver «Resolución alternativa de controversias»)**	Alternative Dispute Resolution	Modes alternatifs de règlement des conflits/Modes alternatifs de règlement des différends
Arbitrabilidad	Arbitrability	Arbitrabilité
Arbitrabilidades condicionadas	Conditional arbitrability	Arbitrabilité conditionnelle
Arbitraje	Arbitration	Arbitrage
Arbitraje ad hoc	*Ad hoc* arbitration	Arbitrage *ad hoc*
Arbitraje aéreo	Arbitration relating to aeronautical issues	Arbitrage aérien
Arbitraje ambiental	Arbitration relating to environmental issues	Arbitrage environnemental
Arbitraje arrendaticio	Arbitration relating to leases	Arbitrage en matière de baux
Arbitraje comercial	Commercial arbitration	Arbitrage commercial
Arbitraje comercial internacional	International commercial arbitration	Arbitrage commercial international
Arbitraje concursal internacional	Arbitration relating to international bankruptcy/ insolvency	Arbitrage et faillites internationales
Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcial y arbitraje multicontrato	Multi-party arbitration and multi-contract arbitration	Arbitrage multipartite (ou multi-parties) et arbitrage multi-contrats
Arbitraje consular	Consular arbitration	Arbitrage consulaire

Arbitraje corporativo **(ver «Arbitraje internacional» y la referencia que se hace a arbitraje institucional)**	Institutional arbitration	Arbitrage institutionnel
Arbitraje de consumidores y usuarios	Consumer arbitration	Arbitrage de consommation
Arbitraje de consumo colectivo	Consumer class action arbitration	Arbitrage de consommation collectif (*class action*)
Arbitraje de consumo electrónico	Electronic consumer arbitration	Arbitrage de consommation électronique
Arbitraje de contratos financieros con consumidores	Consumer arbitration in relation to financial contracts	Arbitrage en matière financière avec des consommateurs
Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados	Securities arbitration	Arbitrage relatif à des contrats financiers conclus sur les marchés organisés
Arbitraje de derecho	Arbitration in law	Arbitrage en droit
Arbitraje de equidad	Arbitration in equity	Arbitrage en équité
Arbitraje de inversiones	Investment arbitration	Arbitrage d'investissement
Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa	Arbitration relating to deceptive/ false advertising involving self-regulated entities	Arbitrage d'organismes autonomes sur la publicité trompeuse
Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)	Arbitration involving a state party (arbitration in public contracting)	Arbitrage impliquant un Etat (Arbitrage et contrats publics)
Arbitraje deportivo	Sport arbitration	Arbitrage sportif
Arbitraje deslocalizado	Delocalised arbitration	Arbitrage délocalisé
Arbitraje electrónico **(ver «Arbitraje** on line**»)**	Online arbitration	Arbitrage en ligne; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje en acuerdos de sede	Arbitration relating to headquarters agreements	Arbitrage et accords de siège
Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público	Arbitration relating to public infrastructure contracts	Arbitrage et contrats d'infrastructures du secteur public
Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones	Arbitration relating to the telecommunications sector	Arbitrage et télécommunications
Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)	Arbitration at the Buenos Aires Futures and Options Exchange	Arbitrage sur le Marché à Terme de Buenos Aires
Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros	Arbitration relating to distance marketing of consumer financial services	Arbitrage relatif à la commercialisation à distance de services financiers
Arbitraje en la contratación pública **(ver «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»)**	Arbitration relating to public contracts	Arbitrage et contrats publics
Arbitraje en la Organización Mundial de Comercio **(ver «Organización Mundial de Comercio (arbitraje en la)»)**	Arbitration in the World Trade Organization	Arbitrage dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce

Arbitraje financiero (ver también «Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados»; «Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) »)	Arbitration relating to financial matters and/or Securities arbitration	Arbitrage en matière financière
Arbitraje financiero rabínico	Rabbinical courts for financial disputes	Arbitrage rabinique en matière financière
Arbitraje inmobiliario	Real-estate arbitration; Property-related arbitration	Arbitrage immobilier
Arbitraje interestatal	Inter-state arbitration	Arbitrage interétatique
Arbitraje internacional	International arbitration	Arbitrage international
Arbitraje irrituale	*Irrituale* arbitration (Italian)	Arbitrage *irrituale*
Arbitraje laboral	Employment arbitration	Arbitrage en droit du travail
Arbitraje marítimo internacional	Maritime arbitration (international)	Arbitrage maritime international
Arbitraje mixto	Mixed arbitration	Arbitrage mixte (entre un Etat et une personne privée)
Arbitraje multiparte y multicontrato **(ver «Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcial y arbitraje multicontrato»)**	Multiparty and multicontract arbitration	Arbitrage multipartite (ou multi-parties) et multi-contrats
Arbitraje nacional	Domestic arbitration	Arbitrage interne ; Arbitrage domestique
Arbitraje no administrado **(**ver «**Arbitraje** ad hoc»)	*Ad hoc* arbitration	Arbitrage *ad hoc*
Arbitraje ocasional **(ver «Arbitraje** ad hoc**»)**	*Ad hoc* arbitration	Arbitrage *ad hoc*
Arbitraje on line	Online arbitration	Arbitrage en ligne ; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje pendular (pendulum arbitration**)**	Pendulum arbitration/baseball arbitration/final or last offer arbitration	Arbitrage pendulaire/arbitrage baseball/ arbitrage de la dernière offre
Arbitraje postal	Postal/mail arbitration	Arbitrage postal
Arbitraje sin vínculo contractual	Arbitration without privity/ arbitration without a contract	Arbitrage sans lien contractuel
Arbitraje sindical	Arbitration concerning trade unions	Arbitrage syndical
Arbitraje societario	Arbitration of shareholder disputes	Arbitrage sociétaire
Arbitraje telemático **(ver «Arbitraje** on line**»)**	Online arbitration	Arbitrage en ligne; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje testamentario	Arbitration relating to testamentary/probate issues	Arbitrage testamentaire
Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)	Arbitration relating to overland transportation (CMR and OTIF Conventions)	Arbitrage en matière de transport terrestre international (Conventions CMR et Cotif)

Arbitraje en las tasaciones periciales	Arbitration relating to valuation for the purposes of taxation (in Spain)	Arbitrage relatif à l'évaluation en matière de taxation fiscale (en Espagne)
Arbitraje tributario	Arbitration relating to tax issues	Arbitrage en matière fiscale
Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones)	Unilateral arbitration (in the foreign investment context)	Arbitrage unilatéral (en matière d'investissements étrangers)
Arbitraje y concurso interno	Arbitration relating to bankruptcy/insolvency	Arbitrage et faillites
Arbitraje y Ley de Marcas	Arbitration relating to trademarks	Arbitrage en droit des marques
Arbitrium boni viri	*Arbitrium boni viri*	*Arbitrium boni viri*
Árbitro	Arbitrator	Arbitre
Armonización arbitral	Harmonization of arbitration legislation	Harmonisation des législations arbitrales
Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)	Peaceful settlement of disputes (principle of)	Règlement pacifique des différends internationaux (principe de)
Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)	Judicial assistance (in the arbitral context)	Assistance judiciaire (en matière d'arbitrage) (juge d'appui)
Asociación Europea de Arbitraje (Aeade)	European Association of Arbitration	Association Européenne d'Arbitrage
Asociación Suiza de Arbitraje	Swiss Arbitration Association	Association Suisse de l'Arbitrage
Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)	Exclusive jurisdiction of state courts	Compétence impérative des juridictions étatiques
Audiencias	Hearings	Audiences
Autonomía de la cláusula arbitral	Separability of the arbitration clause	Autonomie de la clause compromissoire
Autonomía de la voluntad	Party autonomy	Autonomie des parties
Autorregulación	Self-regulation	Autorégulation
Auxilio judicial **(ver «Asistencia judicial»)**	Judicial assistance	Assistance judiciaire (juge d'appui)
Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)	Logistical support (by the Chambers of Commerce)	Aide logistique (par les Chambres de commerce)
B		
Bifurcación del proceso	Bifurcation of the proceedings	Bifurcation de la procédure
Buena fe (en el arbitraje)	Good faith (in the arbitration)	Bonne foi (dans l'arbitrage)
C		
Careo de peritos (o de testigos)	Expert conferencing or witness conferencing	Confrontation d'experts (ou de témoins)
Careo de testigos **(ver «Careo de peritos (o de testigos)»)**	Witness conferencing	Confrontation de témoins
Cargas procesales (en el arbitraje)	Procedural obligations of the parties (in the arbitration)	Obligations procédurales des parties (dans l'arbitrage)
Caución	Security	Sûreté

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Icsid)	Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (Cirdi)
Cláusula arbitral **(ver «Convenio arbitral»)**	Arbitration clause	Clause arbitrale; Clause d'arbitrage; Clause compromissoire
Cláusula arbitral abusiva	Abusive arbitration clause	Clause compromissoire abusive
Cláusula arbitral adhesiva	Standard form arbitration clause	Clause compromissoire d'adhésion
Cláusula de fuerza mayor	Force majeure clause	Clause de force majeure
Cláusulas de estabilización	Stabilization clause	Clause de stabilisation
Cláusula hardship	Hardship clause	Clause de hardship
Cláusulas mixtas o mix-and-match	Mixed clause	Clause mixte
Cláusula de la nación más favorecida (NMF)	Most-favoured nation (MFN) clause	Clause de la nation la plus favorisée
Clausula mariposa	Butterfly clause	Clause papillon
Cláusula multi-tier **o cláusulas escalonadas**	Multi-tier or escalation clauses (also med-arb clauses)	Clauses *multi-tier*
Cláusula de opción irrevocable	Fork in the road clause	Clause d'option irrévocable
Cláusula paraguas	Umbrella clause	Clause parapluie (*umbrella clause)*
Cláusulas (arbitrales) patológicas	Pathological arbitration clauses	Convention d'arbitrage pathologique
Códigos de ética arbitral	Code of ethics	Code d'éthique
Colegio arbitral (Tribunal Arbitral)	Arbitral tribunal	Tribunal arbitral
Comercialización a distancia de servicios financieros **(ver «Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros»)**	Distance marketing of consumer financial services	Commercialisation à distance de services financiers
Comienzo del arbitraje	Commencement of the arbitration	Commencement de l'arbitrage
Comisión de Derecho contractual europeo	Commission on European Contract Law	Commission pour le droit européen des contrats
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral)	United Nations Commission for International Trade Law (Uncitral)	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (Cnudci)
Compensación de deudas e intereses	Set-off of claims	Compensation
Comités ad hoc **en el sistema arbitral Ciadi**	Ad hoc committees in the Icsid system	Comités *ad hoc* dans le cadre du Cirdi
Competencia sobre la competencia (Kompetenz-kompetenz**)**	Competence-competence	Compétence-compétence
Comunicaciones ex Parte	*Ex parte* communications	Communication *ex parte*
Conciliación	Conciliation	Conciliation

Conciliación en el ámbito Ciadi	Conciliation within the Icsid system	Conciliation dans le cadre du Cirdi
Concurso internacional **(ver «Arbitraje concursal internacional»)**	Bankruptcy; Insolvency	Faillites
Conferencia preliminar	Preliminary conference	Conférence préliminaire
Confidencialidad	Confidentiality	Confidentialité
Conflict check	Conflict check	*Conflict check*; vérification d'absence de conflit
Conflicto de leyes	Conflict of laws	Conflit de lois
Consejo Superior de Cámaras de Comercio	High Council of the Chambers of Commerce	Conseil Supérieur des Chambres de Commerce
Consolidación (consolidation)	Consolidation	Jonction d'arbitrages
Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona	Conflict Resolution Centre of the Barcelona Official Chamber of Commerce, Industry and Navigation	Centre de résolution des différends de la Chambre Officielle de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation de Barcelone
Consumidores **(ver «Arbitraje de consumidores y usuarios»; «Arbitraje de consumo colectivo»; «Arbitraje de consumo electrónico»; «Arbitraje de contratos financieros con consumidores»)**	Consumers	Consommateurs
Constitucionalidad del arbitraje	Constitutionality of arbitration	Constitutionnalité de l'arbitrage
Contencioso arbitral en el marco de la OMC (ver también «Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la)»)	WTO arbitration	Arbitrage au sein de l'OMC
Contestación	Rebuttal/Defence	Mémoire en réponse
Contestación de la demanda	Answer to the Request for Arbitration; Statement of Defence; Counter-Memorial	Réponse à la requête d'arbitrage; Mémoire en réponse
Contract claim **(ver «**Contract claims vs. treaty claims**»)**	Contract claim	*Contract claim*; demande fondée sur le contrat
Contract claims vs. treaty claims	Contract claims vs. treaty claims	*Contract claims vs. treaty claims*; demandes fondées sur le contrat vs demandes fondées sur un traité
Contradicción **(ver «Defensa y contradicción»)**	Right to be heard	Droit d'être entendu
Contratos de Estado	State contracts	Contrats d'Etat
Contratos públicos (noción en el Derecho interno) (ver también «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»)	Public contracts (concept in domestic law)	Contrats publics (ou contrats d'Etat) (notion en droit interne)
Control del laudo en el arbitraje de inversiones	Annulment of the award in investment arbitration	Contrôle de la sentence en arbitrage d'investissement

Control judicial (del arbitraje)	Judicial control (of the arbitration)	Contrôle judiciaire (de l'arbitrage)
Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)	Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)	Convention Interaméricaine sur l'Arbitrage Commercial International (Convention de Panama)
Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales	Rome Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations (1980)	Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
Convenio arbitral	Arbitration agreement	Convention d'arbitrage
Convenio arbitral asimétrico	Unilateral/asymmetric arbitration clause	Convention d'arbitrage asymétrique
Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)	Arbitration Agreement in the Framework Financial Transactions Contract	Convention d'arbitrage dans le Contrat Cadre d'Opérations Financières
Convenio de doble imposición	Double taxation treaty	Convention de double imposition; Traité de double imposition
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)	European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Geneva Convention)	Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International signée à Genève en 1961 (Convention de Genève)
Convención de las Naciones Unidas de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena, Cnuccim, o en inglés, CISG)	United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, adopted on 11 April 1980, Vienna, 1980 (CISG)	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne)
Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)	New York Convention of 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)	Convention de New York de 1958 (Convention sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères)
Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi)	Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 (Icsid Convention)	Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention Cirdi)
Corrección, aclaración y complemento y rectificación de la extralimitación del laudo	Correction, clarification and additions to the award	Correction, interprétation et complément de la sentence
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)	Civil and Commercial Arbitration Court (CIMA)	Cour Civile et Commerciale d'Arbitrage (CIMA)
Corte de Arbitraje **(ver «Arbitraje institucional»)**	Arbitration Court	Cour d'Arbitrage
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia	Court of Arbitration of the Chamber of Commerce, Industry and Navigation of Valencia	Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Navigation de Valencia
Corte de Arbitraje de Madrid	Madrid Arbitration Court	Cour d'Arbitrage de Madrid

Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) **(ver «Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)»)**	Court of Arbitration for Sport (CAS)	Tribunal Arbitral du Sport (TAS)
Corte Española de Arbitraje	Spanish Court of Arbitration	Cour Espagnole d'Arbitrage
Cosa juzgada	*Res judicata* (effect)	(Autorité de la) chose jugée
Cosa juzgada del laudo arbitral (ver también «Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral»)	*Res judicata* (effect) of the arbitral award	(Autorité de la) chose jugée de la sentence arbitrale
Costas del procedimiento arbitral	Costs of the arbitral proceedings	Coûts de la procédure arbitrale
Costumbre internacional	International custom	Coutume internationale
Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)	Quantification of damage (in investment arbitration)	Quantification/évaluation du dommage (en arbitrage d'investissement)
Cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo	Preliminary ruling on the law of the European Union	Question préjudicielle en droit de l'Union Européenne; Question préjudicielle en droit communautaire
Cultura arbitral	Arbitration culture	Culture arbitrale
D		
Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje)	Damages (evaluation or determination in arbitration)	Dommages-intérêts (évaluation dans l'arbitrage)
Daños y perjuicios por infracciones a las garantías de inversión	Damages as a result of a breach of investment guarantees	Dommages-intérêts pour infraction aux garanties d'investissement
Deber de declaración (de los árbitros)	Duty of disclosure	Devoir de révélation des arbitres
Debido proceso **(ver «Orden público nacional»)**	Due process	Droit à un procès juste et équitable
Declaración de testigo **(ver «Declaraciones escritas»)**	Witness testimony	Témoignages; Audition de témoins
Declaraciones escritas	Written statements	Déclarations de témoin ; attestations de témoin
Declinatoria arbitral	Challenge to the arbitral tribunal's jurisdiction before the arbitral tribunal	Contestation de la compétence du tribunal arbitral; Déclinatoire de compétence arbitrale
Declinatoria de jurisdicción	Challenge to the court's jurisdiction	Contestation de la compétence du tribunal étatique; Déclinatoire de compétence étatique
Defensa y contradicción	Right to be heard in adversarial proceedings	Principe du contradictoire
Deliberaciones (del tribunal arbitral)	Deliberations (of the arbitral tribunal)	Délibérations (du tribunal arbitral)
Demanda arbitral	Request for Arbitration; Statement of Claim; Memorial	Demande d'arbitrage; Requête d'arbitrage; Mémoire en demande
Dépeçage	*Dépeçage*	Dépeçage
Derecho anglosajón	Common law	Droit anglo-saxon

Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional	Substantive law in international commercial arbitration	Droit applicable au fond du litige en arbitrage commercial international
Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones	Substantive law in investment arbitration	Droit applicable au fond du litige en arbitrage d'investissement
Derecho continental (Derecho de tradición jurídica romano-germánica)	Civil law jurisdiction (the law of a)	Droit continental; Droit de tradition romano-germanique; Droit civil
Derecho de la Unión Europea y arbitraje	European Union law and arbitration	Droit de l'Union Européenne et arbitrage ; Droit communautaire et arbitrage
Derechos humanos (en el arbitraje)	Human rights (in arbitration)	Droits de l'homme fondamentaux (dans l'arbitrage)
Designación de los árbitros	Appointment of the arbitrators	Désignation des arbitres ; Nomination des arbitres
Designación de persona jurídica	Appointment of a legal person	Désignation d'une personne morale comme arbitre; Nomination d'une personne morale comme arbitre
Desistimiento del proceso arbitral	Withdrawal from the arbitration procedure	Désistement de la procédure arbitrale
Deslocalización del arbitraje internacional	Delocalisation of international arbitration	Délocalisation de l'arbitrage international
Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa	World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment	Principes directeurs de la Banque Mondiale relatifs au traitement de l'investissement étranger direct
Discovery **(ver «Exhibición de hechos»)**	Discovery	Discovery
Disponibilidad (para ser árbitro)	Availability to act as an arbitrator	Disponibilité pour agir en tant qu'arbitre
Disponibilidad del objeto	Subject-matter that may be disposed of	Disponibilité de l'objet du litige (droits disponibles)
Dispute Boards	Dispute Boards	Panel de règlement des différends ; Comité de règlement des différends
Doctrina del centro de gravedad	Centre of gravity theory/test	Doctrine du centre de gravité
Dualismo **(ver «Sistema monista** versus **sistema dualista»)**	Dual system (for domestic and international arbitration)	Dualisme
Dúplica	Rejoinder	Duplique
Duplicidad de procedimientos	Parallel proceedings	Procédures parallèles
	E	
Efecto negativo del convenio arbitral	Negative effect of the arbitration agreement	Effet négatif de la convention d'arbitrage
Efecto positivo del convenio arbitral	Positive effect of the arbitration agreement	Effet positif de la convention d'arbitrage
Efecto útil de los tratados	*Effet utile* of treaties	Effet utile des traités
Efectos extraterritoriales de la expropiación	Extra-territorial effects of expropriation	Effets extraterritoriaux de l'expropriation

Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral (ver también «Cosa juzgada» y «Cosa juzgada del laudo arbitral»)	*Res judicata* effect of the arbitral award	Autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale
Eficacia ejecutiva del laudo arbitral	Enforceability of the arbitral award	Caractère exécutoire de la sentence arbitrale
Ejecución de laudo	Enforcement of the arbitral award	Exécution de la sentence arbitrale
Ejecución de laudo nulo	Enforcement of an annulled arbitral award/of an award set aside	Exécution d'une sentence annulée
Emplazamiento	Notice (of commencement of arbitration proceedings)	Notification (d'une demande d'arbitrage)
Enmiendas a la demanda o a la contestación	Amendments to the claim and/or the defence	Amendement/modification de la requête d'arbitrage et/ou de la réponse à la requête
Estándar mínimo de trato a los extranjeros **(ver «Trato justo y equitativo»)**	Minimum standard under international law	Standard minimum de traitement des étrangers
Ética arbitral **(ver «Códigos de ética arbitral»)**	Ethics in arbitration	Ethique dans l'arbitrage
Examen de testigos	Witness examination	Interrogatoire de témoins
Excepciones preliminares	Preliminary objections	Exceptions préliminaires
Exequátur	*Exequatur*	*Exequatur*
Exhibición de hechos	Discovery	*Discovery*
Expropiación forzosa	Expropriation	Expropriation
Expropiaciones ilícitas	Illegal expropriation	Expropriations illicites
Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes	Binding non-signatories to the arbitration agreement	Extension de la clause compromissoire à des tiers non-signataires
Extinción de la cláusula arbitral	Termination/invalidity of the arbitration clause	Extinction de la convention d'arbitrage
Extralimitación del laudo arbitral	Ambit of reference (arbitral award beyond); arbitral award *ultra petita*	Sentence arbitrale *ultra petita*
F		
Falta de recursos económicos	Impecuniousity	Impecuniosité
Favor arbitris	*Favor arbitris* (the principle of)	*Favor arbitris*
Financiación de litigios	Litigation/arbitration funding	Financement des litiges
Fiscalidad **(ver «Arbitraje tributario»)**	Tax	Fiscalité
Foro de necesidad	Forum of necessity	For de nécessité
Forum non conveniens	Forum non conveniens	*Forum non conveniens*
Forum shopping	**Forum shopping**	*Forum shopping*
Fuentes del Derecho arbitral	Sources of arbitration law	Sources du droit de l'arbitrage

G		
Globalización	Globalization	Mondialisation
H		
Heterocomposición	Contentious proceedings	Règlement d'un différend par un tiers
I		
Idioma del procedimiento	Language of the proceedings	Langue de procédure
Igualdad de las partes	Equality of the parties	Egalité des parties
Imparcialidad del árbitro	Impartiality of the arbitrator	Impartialité de l'arbitre
Impugnación del laudo arbitral	Challenge of the arbitral award	Recours contre la sentence arbitrale
Inactividad de las partes (Defaulting parties)	Defaulting parties; Non-participation of the parties	Défaut d'une partie
Inarbitrabilidad de la controversia **(ver «Arbitrabilidad»)**	Inarbitrability of the dispute	Inarbitrabilité du litige
Incongruencia del laudo	Excess of powers; Failure to deal with all the issues referred to the tribunal for determination	*Extrat petita/Ultra petita/ Infra petita;* Excès de pouvoir de l'arbitre; Incohérence de la sentence par rapport aux demandes des parties
Incoterms	Incoterms	*Incoterms*
Indagación razonable	Reasonable inquiry	Investigation raisonnable
Indefensión **(ver «Orden público nacional»)**	Breach of the right to be heard	Violation du droit d'être entendu
Independencia del árbitro	Independence of the arbitrator	Indépendance de l'arbitre
Ineficacia del convenio arbitral	Unenforceability of the arbitration agreement; invalidity of the arbitration agreement	Inefficacité de la convention d'arbitrage
Inejutabilidad del laudo **(ver «Ejecución de laudo»)**	Unenforceability of the arbitral award	Caractère non exécutoire de la sentence arbitrale
Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados	Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States	Rapport des Directeurs exécutifs de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement relatif à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats
Informe Kees van Raad	Kees Van Raad Report	Rapport Kees Van Raad
Informe Lindencrona **y** Mattsson	Lindencrona and Mattsson Report	Rapport Lindencrona et Mattsson
Inicio del arbitraje **(ver «Comienzo del Arbitraje»)**	Commencement of the arbitration	Commencement de l'arbitrage
Inmunidad del Estado	Immunity of the state	Immunité de l'Etat
Interrogatorio de testigos **(ver «Examen de testigos»)**	Witness examination	Interrogatoire de témoins

Inversión	Investment	Investissement
Inversor extranjero	Foreign investor	Investisseur étranger
Iura novit curia	*Iura novit curia*	*Iura novit curia*
Iure gestionis	*Iure gestionis*; Acts of a private law character by the state	*Iure gestionis*
Iure imperii **(ver «Inmunidad del Estado»)**	*Iure imperii*; Acts of a sovereign authority	*Iure imperii*
Ius variandi	*Ius variandi*	*Ius variandi*
J		
Juez de apoyo (ver «Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)»)	Judge/courts of the seat acting in support of arbitration	Juge d'appui
Juntas Arbitrales de Consumo	Consumer arbitration boards	Commission d'arbitrage de consommation
Juntas Arbitrales de Transporte Terrestre	Land Transportation Arbitration Boards	Commission d'arbitrage de transport terrestre
Jurisdicción y competencia arbitral	Jurisdiction and competence of the arbitral tribunal	Juridiction et compétence du tribunal arbitral
Jurisprudencia arbitral	Arbitral precedent	Jurisprudence arbitrale
Jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales	Arbitral precedent in international investment arbitration	Jurisprudence arbitrale dans l'arbitrage d'investissements internationaux
Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)	Compensation (in investment arbitration)	Indemnisation (dans le cadre de l'arbitrage d'investissement)
K		
Kompetenz-kompetenz **(ver «Competencia sobre la competencia»)**	Competence-competence	Compétence-compétence
L		
Latinoamérica como sede arbitral	Latin America as the seat of the arbitration	Amérique Latine (comme siège d'arbitrage)
Laudo	Award	Sentence
Laudo conciliatorio	Consent award	Sentence d'accord parties
Laudo inhibitorio	Award declining jurisdiction	Sentence d'incompétence
Laudo parcial	Partial award	Sentence partielle
Laudos arbitrales en el Mercosur	Arbitral award rendered under the rules of the Southern Common Market (Mercosur)	Sentence arbitrale dans le cadre du Mercosur
Lex contractus	Law applicable to the contract; *Lex contractus*	*Lex contractus*
Lex fori	*Lex fori*	*Lex fori*; loi du for
Lex Mercatoria	*Lex Mercatoria*	*Lex Mercatoria*
Ley aplicable al arbitraje	Law applicable to the arbitration	Loi applicable à l'arbitrage
Ley aplicable al convenio arbitral **(ver «Autonomía de la cláusula arbitral»)**	Law applicable to the arbitration agreement	Loi applicable à la convention d'arbitrage

Ley más favorable en la ejecución de laudo **(ver «Ejecución de laudo»)**	Most favourable law for the enforcement of the award	Loi la plus favorable à l'exécution de la sentence
Ley Modelo Uncitral	Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration	Loi type de la Cnudci (Uncitral) sur l'arbitrage commercial international
Ley Modelo Cnudmi **(ver «Ley Modelo Uncitral»)**	Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration	Loi type de la Cnudci (Uncitral) sur l'arbitrage commercial international
Leyes de policía	Mandatory law/rules	Lois de police
Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil	Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law	Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits
Lista de árbitros	Arbitrators list	Liste d'arbitres
Litigios societarios (ver también «Arbitraje societario»)	Shareholder disputes	Litiges sociétaires (litiges entre associés)
Litisconsorcio	Multiple parties	Pluralité des parties
Litisdependencia arbitral	Arbitral *lis pendens*	Litispendance arbitrale
London Court of International Arbitration **(LCIA)**	London Court of International Arbitration (LCIA)	London Court of International Arbitration (LCIA)
Lucro cesante (en general)	*Lucrum cessans*; lost profits	*Lucrum cessans*
Lugar del arbitraje **(ver «Sede del arbitraje»)**	Place of the arbitration	Lieu de l'arbitrage
Lump-sum agreements	Lump-sum agreements	Indemnité globale forfaitaire
M		
Mala fe **(ver «Buena fe (en el arbitraje)»)**	Bad faith	Mauvaise foi
Mediación	Mediation	Médiation
Medida antiproceso (anti-suit injunction)	Anti-suit injunction	*Anti-suit injunction*; Mesures anti-procès; Mesures anti-poursuite
Medidas cautelares	Conservatory/preliminary measures; Interim measures	Mesures conservatoires
Medidas compensatorias en el Mercosur	Compensatory measures in the context of the Southern Common Market (Mercosur)	Mesures compensatoires dans le Mercosur
Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones	Measures equivalent to expropriation in investment arbitration	Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement
Mercado a Término de Buenos Aires **(ver «Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)»)**	Buenos Aires Futures and Options Exchange	Marché à Terme de Buenos Aires

Mercosur **(ver «Tribunales arbitrales** ad hoc **en el Mercosur»; «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»; «Laudos arbitrales en el Mercosur»; «Medidas compensatorias en el Mercosur»)**	Mercosur	Mercosur
Mini Trial **(ver «pequeño juicio»)**	Mini Trial	*Mini Trial*
Modelo de Moynier	Moynier's model	Modèle de Moynier
Modelo IISD	IISD Model (International Agreement on Investment for Sustainable Development)	Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)
Monismo **(ver «sistema monista** versus **sistema dualista»)**	Single system (for domestic and international arbitration)	Monismo
Moot	Moot	Moot
N		
Nacionalidad	Nationality	Nationalité
Nacionalización	Nationalisation	Nationalisation
Negociación	Negotiation	Négociation
Neutralidad del árbitro	Neutrality of the arbitrator	Neutralité de l'arbitre
Nombramiento de los árbitros (ver también «Designación de los árbitros»)	Nomination of the arbitrators; appointment of the arbitrators	Nomination des arbitres
Notificaciones y comunicaciones	Notices and communications	Notifications et communications
O		
Objeto del procedimiento arbitral (objeto de la controversia inter partes **respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral)**	Subject matter of the arbitral procedure	Objet de la procédure arbitrale
Oferta de compensación	Offer of compensation	Offre de réparation; Offre de dédommagement; Offre de compensation
Oferta del consentimiento estatal al arbitraje	Offer to arbitrate by a state	Offre d'arbitrer de l'Etat
Opción irrevocable **(ver «Cláusula de opción irrevocable»)**	Fork in the road clause	Option irrévocable
Opinión disidente	Dissenting opinion	Opinion dissidente
Orden Jurídico Arbitral	Arbitral legal system	Ordre juridique arbitral
Orden procesal	Procedural order	Ordonnance de procédure
Orden público nacional	National public policy	Ordre public national

Orden público transfronterizo o transnacional	Transnational public policy; truly international public policy	Ordre public transnational; Ordre public réellement international
Órdenes preliminares	Preliminary directions	Ordonnance préliminaire
Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la) (ver también «Contencioso arbitral en el marco de la OMC»)	World Trade Organization (arbitration in the)	Organisation Mondiale du Commerce (Arbitrage dans le cadre de l')
Organizaciones internacionales **(ver «Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales»)**	International organizations	Organisations internationales
Órganos judiciales en el arbitraje español	Judicial organs in Spanish arbitration	Organes judiciaires en matière d'arbitrage espagnol
P		
Pacta sunt servanda **(principio de)**	*Pacta sunt servanda*	*Pacta sunt servanda*
Partnership disputes **(ver «Litigios societarios»)**	Partnership disputes	Litiges sociétaires (litiges entre associés)
Pequeño juicio	Mini Trial	*Mini Trial*
Perito **(ver «Careo de peritos»)**	Expert	Expert
Plazo	Deadline	Délai
Prejudicialidad	Preliminary question	Question préliminaire
Principio de mitigación del daño	Mitigation of damage	Minimisation/mitigation du dommage (principe de)
Principio de no incurrir en contradicción con los actos propios	Estoppel/waiver	Interdiction de se contredire au détriment d'autrui
Principios de Derecho Europeo de los Contratos	European Contract Law Principles	Principes de Droit Européen des Contrats
Principios de Derecho Internacional	Principles of international law	Principes de droit international
Principios generales del arbitraje	General principles of arbitration	Principes généraux de l'arbitrage
Principios generales del Derecho	General principles of law	Principes généraux du droit
Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales	Unidroit Principles of international commercial contracts	Principes D'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international
Procedimiento arbitral	Arbitral procedure (rules of)	Procédure arbitrale (règles de)
Protección diplomática	Diplomatic protection	Protection diplomatique
Protocolización del laudo arbitral	Notarisation (authentication) of the arbitral award	Authentification par notaire de la sentence arbitrale; dépôt de la sentence arbitrale au rang des minutes d'un notaire
Provisión de fondos	Advance on costs	Provision pour frais
Prueba	Evidence	Preuve

Q		
Quiebra (Efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) **(ver «Arbitraje concursal internacional»; «Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia»)**	Bankruptcy/insolvency (effect of bankruptcy or insolvency on the arbitration agreement)	Faillite (effets de la faillite sur la convention d'arbitrage)
R		
Rabínico **(ver «Arbitraje financiero rabínico»)**	Rabbinical	Rabinique
Rebeldía	Defaulting respondent	Défaut du défendeur
Rebeldía por conveniencia	Default for reasons of convenience	Défaut délibéré du défendeur
Rebus sic stantibus **(cláusula o principio de)**	*Rebus sic stantibus*; Hardship (clause or principle)	*Rebus sic stantibus* (clause ou principe de)
Reclamaciones de naturaleza contractual **(ver** «Contract claims vs. Treaty Claims»**)**	Contract claims	Demandes fondées sur le contrat
Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado **(ver** «Contract claims vs. Treaty claims»**)**	Contract claims vs. treaty claims	Demandes fondées sur le contrat et demande fondée sur le traité
Reconocimiento de laudo extranjero **(ver «Exequátur»)**	Recognition of a foreign award	Reconnaissance d'une sentence étrangère
Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi	Recognition and enforcement of awards issued under the Icsid Convention	Reconnaissance et exécution d'une sentence rendue dans le cadre du Cirdi
Reconvención	Counterclaim	Demande reconventionnelle
Recursos internos (Agotamiento de)	Local remedies (exhaustion of)	Recours internes (épuisement des voies de)
Recursos contra el laudo arbitral Ciadi	Remedies (available) against an Icsid award	Recours contre une sentence Cirdi
Recusación del árbitro	Challenge of the arbitrator	Récusation de l'arbitre
Reenvío	*Renvoi*	Renvoi
Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)	Arbitration Rules	Règlement d'arbitrage
Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia	Council Regulation (EC) n.° 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings	Règlement (CE) n.° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

Reglamento (EU) n.° 1215/2012 del Parlamento 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	Regulation (EU) n.° 1215/2012 of the Parliament and the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.	Règlement (UE) 1215/12 (Bruxelles I. Bis)
Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil **(ver « Reglamento (EU) n.° 1215/2012 del Parlamento 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»)**	Council Regulation (EC) n.° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters	Règlement (CE) n.° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi-Uncitral	Uncitral Arbitration Rules	Règlement d'arbitrage de la Cnudci
Reglamento y Reglas del Ciadi	Icsid Regulation and Rules	Règlements du Cirdi
Reglas de Rotterdam	Rotterdam rules	Règles de Rotterdam
Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral	Waiver of right to challenge the award	Renonciation au droit d'exercer un recours en annulation contre la sentence
Réplica	Reply	Réplique
Requerimientos de aportación de pruebas	Request for production of documents	Demande de production de documents
Reservas a los tratados internacionales	Reservations in international treaties	Réserves aux traités internationaux
Resolución alternativa de controversias	Alternative Dispute Resolution (ADR)	Mode alternatif de résolution des litiges
Resolución procesal **(ver «Orden procesal»)**	Procedural order	Ordonnance de procédure
Responsabilidad de la institución arbitral	Liability of the arbitral institution	Responsabilité de l'institution arbitrale
Responsabilidad de los árbitros	Liability of the arbitrators	Responsabilité des arbitres
Revisión del laudo	Revision (review) of the award	Révision de la sentence
S		
Secretario de tribunal arbitral	Secretary of the arbitral tribunal	Secrétaire du tribunal arbitral
Sede del arbitraje	Seat of the arbitration	Siège de l'arbitrage
Seguro arbitral	Professional liability insurance in an arbitration (arbitrators and arbitration institution)	Assurance de responsabilité civile des arbitres et de l'institution arbitrale

Sentencia arbitral **(ver «Laudo»)**	Arbitral award	Sentence arbitrale
Separabilidad del convenio arbitral	Separability or severability of the arbitration agreement	Séparabilité de la convention d'arbitrage
Sistema adversarial de práctica de prueba	Adversarial system	Procédure accusatoire
Sistema monista vs. **sistema dualista**	Single v dual system (for domestic and international arbitration)	Système moniste *versus* système dualiste
Sistema «Solvit»	Solvit System	Système Solvit
Solicitud de arbitraje (en el ámbito Ciadi)	Request for Arbitration (in Icsid proceedings)	Requête d'arbitrage (dans le cadre du Cirdi)
Subrogación de las partes (en el convenio arbitral)	Subrogation of one party (to the arbitration agreement)	Subrogation (d'une partie) dans la convention d'arbitrage; Transmission de la convention d'arbitrage par subrogation
Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)	Agreement to arbitrate (express and implied)	Consentement à l'arbitrage (exprès ou tacite)
T		
Telecomunicaciones **(ver «Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones»)**	Telecommunications	Télécommunications
Tercero interviniente	Third party to the arbitral procedure and/or to the arbitration agreement	Tiers intervenant
Terceros no firmantes de la cláusula arbitral **(ver «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes»)**	Non-signatories of the arbitration agreement	Tiers non-signataires de la clause compromissoire
Terminación convencional del procedimiento administrativo	Settlement agreement in administrative proceedings	Transaction mettant fin à une procédure administrative
Test de Salini	*Salini* Test	Test *Salini*
Testigo	Witness	Témoin
Testigo de hechos	Witness of fact	Témoin de fait
Traducción jurada (traducción oficial)	Sworn translation (official translation)	Traduction jurée
Transferencia de información entre abogados y árbitros	Communications between counsel and arbitrators	Communication entre avocats et arbitres
Transnacionalización de la norma aplicable	Transnationalisation of the applicable law	Transnationalisation du droit applicable; Application par les arbitres du droit transnational
Tratado de la Carta de la Energía	Energy Charter Treaty	Traité sur la Charte de l'Energie
Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)	Free trade agreement (arbitration in the context of)	Traités de libre-échange (l'arbitrage et les)
Trato justo y equitativo	Fair and equitable treatment	Traitement juste et équitable
Treaty claim **(ver «**Contract claims vs. treaty claims**»)**	Treaty claims	*Treaty claim*; demande fondée sur un traité

Treaty shopping	Treaty shopping	*Treaty shopping*
Tribunal Arbitral **(ver «Colegio Arbitral»)**	Arbitral tribunal	Tribunal arbitral
Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)	Arbitral Tribunal of Barcelona (TAB)	Tribunal Arbitral de Barcelone (TAB)
Tribunal Arbitral de Valencia (TAV)	Arbitral Tribunal of Valencia (TAV)	Tribunal Arbitral de Valence (TAV)
Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)	Court of Arbitration for Sport (CAS)	Tribunal Arbitral du Sport (TAS)
Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur	Tribunal of Permanent Review of the Southern Common Market (Mercosur)	Tribunal Permanent de Révision du Mercosur
Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán	Iran-US Claims Tribunal	Tribunal des réclamations Iran/ Etats-Unis
Tribunal Superior de Justicia (en España)	Superior Court of Justice of the Autonomous Community (in Spain)	Tribunal Supérieur de Justice (en Espagne)
Tribunales arbitrales *ad hoc* **en el Mercosur**	*Ad hoc* Tribunals of the Southern Common Market (Mercosur)	Tribunaux arbitraux *ad hoc* dans le Mercosur
U		
Usos y costumbres mercantiles	Commercial custom and usage	Us et coutumes en matière commerciale
V		
Venire contra factum proprium	Estoppel	*Venire contra factum proprium*; Interdiction de se contredire au détriment d'autrui
Verificación sobre un conflicto de intereses **(ver** «Conflict check»**)**	Check for conflict of interests; Conflict check	Vérification d'absence de conflit d'intérêts; *Conflict check*
Vistas **(ver «Audiencias»)**	Hearings	Audiences

Segunda tabla:
Traducción del vocablo en inglés al español

English	Español
A	
Abuse of right/process (in arbitration)	**Abuso de derecho (en el arbitraje)**
Abusive arbitration clause	**Cláusula arbitral abusiva**
Acquiescence; Submission	**Allanamiento**
Ad hoc arbitration	**Arbitraje *ad hoc;*** Arbitraje no administrado; Arbitraje ocasional
Ad hoc committees in the Icsid system	**Comités *ad hoc* en el sistema arbitral Ciadi**
Ad hoc Tribunals of the Southern Common Market (Mercosur)	**Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur**
Advance on costs	**Provisión de fondos**
Adversarial system	**Sistema adversarial de práctica de prueba**
Aeronautical issues, Arbitration relating to	**Arbitraje aéreo**
Agreement to arbitrate (express and implied)	**Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)**
Alternative Dispute Resolution (ADR)	**Resolución alternativa de controversias**
Ambit of reference (arbitral award beyond); *ultra petita*, arbitral award	**Extralimitación del laudo arbitral**
Amendments to the claim and/or the defence	**Enmiendas a la demanda o a la contestación**
American Arbitration Association (AAA)	***American Arbitration Association*** **(«AAA»)**
Amicus curiae	***Amicus curiae***
Annulment action; Setting aside application; Challenge	**Acción de anulación**
Annulment of the award in investment arbitration	**Control del laudo en el arbitraje de inversiones**
Answer to the Request for Arbitration; Statement of Defence; Counter-Memorial	**Contestación de la demanda**
Anti-suit injunction	**Medida antiproceso (*anti-suit injunction*)**
Appointment of a legal person	**Designación de persona jurídica**
Appointment of the arbitrators	**Designación de los árbitros**
Arbitrability	**Arbitrabilidad**
Arbitral award	Sentencia arbitral **(ver «Laudo»)**
Arbitral award rendered under the rules of the Southern Common Market (Mercosur)	**Laudos arbitrales en el Mercosur**
Arbitral legal system	**Orden Jurídico Arbitral**
Arbitral *lis pendens*	**Litisdependencia arbitral**
Arbitral precedent	**Jurisprudencia arbitral**
Arbitral precedent in international investment arbitration	**Jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales**
Arbitral procedure (rules of)	**Procedimiento arbitral**
Arbitral tribunal	Tribunal Arbitral **(ver «Colegio Arbitral»)**
Arbitral Tribunal of Barcelona (TAB)	**Tribunal Arbitral de Barcelona**

Arbitral Tribunal of Valencia (TAV)	**Tribunal Arbitral de Valencia (TAV)**
Arbitration	**Arbitraje**
Arbitration agreement	**Acuerdo de arbitraje; Convenio arbitral**
Arbitration agreement in contracts with international organizations	**Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales**
Arbitration Agreement in the Framework Financial Transactions Contract	**Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)**
Arbitration at the Buenos Aires Futures and Options Exchange	**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**
Arbitration clause	Cláusula arbitral **(ver «Convenio arbitral»)**
Arbitration concerning trade unions	**Arbitraje sindical**
Arbitration Court	Corte de Arbitraje **(ver «Arbitraje institucional»)**
Arbitration culture	**Cultura arbitral**
Arbitration in equity; Arbitrators deciding as *amiables compositeurs*	**Arbitraje de equidad**; Amigable composición
Arbitration in law	**Arbitraje de derecho**
Arbitration in the World Trade Organization	Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio **(ver «Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la)»)**
Arbitration involving a state party (arbitration in public contracts)	**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**
Arbitration of shareholders disputes	**Arbitraje societario**
Arbitration relating to aeronautical issues	**Arbitraje aéreo**
Arbitration relating to bankruptcy/insolvency	**Arbitraje y concurso interno**
Arbitration relating to deceptive/false advertising involving self-regulated entities	**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**
Arbitration relating to distance marketing of consumer financial services	**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**
Arbitration relating to environmental issues	**Arbitraje ambiental**
Arbitration relating to financial matters and/or Securities arbitration	**Arbitraje financiero (ver también «Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados»)**
Arbitration relating to international bankruptcy/ insolvency	**Arbitraje concursal internacional**
Arbitration relating to leases	**Arbitraje arrendaticio**
Arbitration relating to overland transportation (CMR and OTIF Conventions)	**Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)**
Arbitration relating to tax issues	**Arbitraje tributario**
Arbitration relating to valuation for the purposes of taxation (in Spain)	**Arbitraje en las tasaciones periciales**
Arbitration relating to testamentary/probate issues	**Arbitraje testamentario**
Arbitration relating to the telecommunications sector	**Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones**
Arbitration relating to trademarks	**Arbitraje y Ley de Marcas**
Arbitration relating to headquartes agreements	**Arbitraje en acuerdos de sede**

Arbitration relating to public contracts	Arbitraje en la contratación pública **(ver «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»)**
Arbitration relating to public infrastructure contracts	**Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público**
Arbitration Rules	**Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)**
Arbitration without privity/arbitration without a contract	**Arbitraje sin vínculo contractual**
Arbitrator	**Árbitro**
Arbitrators list	**Lista de árbitros**
Arbitrium boni viri	***Arbitrium boni viri***
Asymmetric/Unilateral arbitration clause	**Convenio arbitral asimétrico**
Availability to act as an arbitrator	**Disponibilidad (para ser árbitro)**
Award	**Laudo**
Award declining jurisdiction	**Laudo inhibitorio**
B	
Bad faith	Mala fe **(ver «Buena fe»)**
Bankruptcy/insolvency, Arbitration relating to	**Arbitraje y concurso interno**
Bankruptcy/insolvency, Arbitration relating to international	**Arbitraje concursal internacional**
Bankruptcy/insolvency (effect of bankruptcy or insolvency on the arbitration agreement)	Quiebra (Efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) **(ver «Arbitraje concursal internacional»; «Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia»)**
Bankruptcy; Insolvency	Concurso internacional **(ver «Arbitraje concursal internacional»)**
Bifurcation of the proceedings	**Bifurcación del proceso**
Bilateral Investment Treaty (BIT)	**Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri)**
Binding non-signatories to the arbitration agreement	**Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes**
Breach of the right to be heard	Indefensión **(ver «Orden público nacional»)**
Buenos Aires Futures and Options Exchange	Mercado a Término de Buenos Aires **(ver «Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)»)**
Butterfly clause	**Cláusula mariposa**
C	
Centre of gravity theory/test	**Doctrina del centro de gravedad**
Challenge of the arbitral award	**Impugnación del laudo arbitral**
Challenge of the arbitrator	**Recusación del árbitro**
Challenge to the arbitral tribunal's jurisdiction before the arbitral tribunal	**Declinatoria arbitral**
Challenge to the court's jurisdiction	**Declinatoria de jurisdicción**
Civil and Commercial Arbitration Court (CIMA)	**Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)**

Civil law jurisdiction (the law of a)	**Derecho continental (Derecho de tradición jurídica romano-germánica)**
Code of ethics	**Códigos de ética arbitral**
Commencement of the arbitration	Inicio del arbitraje **(ver «Comienzo del Arbitraje»)**
Commercial arbitration	**Arbitraje comercial**
Commercial custom and usage	**Usos y costumbres mercantiles**
Commission on European Contract Law	**Comisión de Derecho contractual europeo**
Common law	**Derecho anglosajón**
Communications between counsel and arbitrators	**Transferencia de información entre abogados y árbitros**
Compensation (in investment arbitration)	**Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)**
Compensatory measures in the context of the Southern Common Market (Mercosur)	**Medidas compensatorias en el Mercosur**
Competence-competence	*Kompetenz-kompetenz* **(ver «Competencia sobre la competencia»)**
Conciliation within the Icsid system	**Conciliación en el ámbito Ciadi**
Concilitation	**Conciliación**
Conditional arbitrability	**Arbitrabilidades condicionadas**
Confidentiality	**Confidencialidad**
Conflict check	***Conflict check***
Conflict of laws	**Conflicto de leyes**
Conflict Resolution Centre of the Barcelona Official Chamber of Commerce, Industry and Navigation	**Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona**
Consent award	**Laudo conciliatorio**
Conservatory/preliminary measures; Interim measures	**Medidas cautelares**
Consolidation	**Consolidación (*consolidation*)**
Constitutionality of arbitration	**Constitucionalidad del arbitraje**
Consular arbitration	**Arbitraje consular**
Consumer arbitration	**Arbitraje de consumidores y usuarios**
Consumer Arbitration Boards	**Juntas Arbitrales de Consumo**
Consumer arbitration in relation to financial contracts	**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**
Consumer class action arbitration	**Arbitraje de consumo colectivo**
Consumers	Consumidores **(ver «Arbitraje de consumidores y usuarios»; «Arbitraje de consumo colectivo»; «Arbitraje de consumo electrónico»; «Arbitraje de contratos financieros con consumidores»)**
Contentious proceedings	**Heterocomposición**
Contract claims	Reclamaciones de naturaleza contractual **(ver «*Contract claims vs. Treaty claims*»)**
Contract claims vs. treaty claims	Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado **(ver «*Contract claims vs. Treaty claims*»)**

Correction, clarification and additions to the award	**Corrección, aclaración y complemento y rectificación de la extralimitación del laudo**
Costs of the arbitral proceedings	**Costas del procedimiento arbitral**
Council Regulation (EC) n.° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters	**Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (ver Reglamento (EU) n.° 1215/2012 del Parlamento 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)**
Council Regulation (EC) n.° 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings	**Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**
Counterclaim	**Reconvención**
Court of Arbitration for Sport (CAS)	Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) **(ver «Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)»)**
Court of Arbitration of the Chamber of Commerce, Industry and Navigation of Valencia	**Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia**
D	
Damages (evaluation or determination in arbitration)	**Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje)**
Damages as a result of a breach of investment guarantees	**Daños y perjuicios por infracciones a las garantías de inversión**
Deadline	**Plazo**
Deceptive/false advertising involving self-regulated entities, Arbitration relating to	**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**
Decline an appointment to act as arbitrator; Refuse an appointment to act as arbitrator	**Abstención del árbitro**
Default for reasons of convenience	**Rebeldía por conveniencia**
Defaulting parties; Non-participation of the parties	**Inactividad de las partes (*Defaulting parties*)**
Defaulting respondent	**Rebeldía**
Deliberations (of the arbitral tribunal)	**Deliberaciones (del tribunal arbitral)**
Delocalisation of international arbitration	**Deslocalización del arbitraje internacional**
Delocalised arbitration	**Arbitraje deslocalizado**
Dépeçage	***Dépeçage***
Diplomatic protection	**Protección diplomática**
Disclosure, duty of	**Deber de declaración (de los árbitros)**
Disclosure; Discovery	**Discovery; Exhibición de hechos**
Dispute Boards	***Dispute Boards***
Dissenting opinion	**Opinión disidente**
Distance marketing of consumer financial services	Comercialización a distancia de servicios financieros **(ver «Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros»)**
Domestic arbitration	**Arbitraje nacional**

Double taxation treaty	**Convenio de doble imposición**
Dual system (for domestic and international arbitration)	Dualismo **(ver «Sistema monista *versus* sistema dualista»)**
Due process	Debido proceso **(ver «Orden público nacional»)**
E	
Effet utile of treaties	**Efecto útil de los tratados**
Electronic consumer arbitration	**Arbitraje de consumo electrónico**
Employment arbitration	**Arbitraje laboral**
Energy Charter Treaty	**Tratado de la Carta de la Energía**
Enforceability of the arbitral award	**Eficacia ejecutiva del laudo arbitral**
Enforcement of an annulled arbitral award/of an award set aside	**Ejecución de laudo nulo**
Enforcement of the arbitral award	**Ejecución de laudo**
Environmental issues, Arbitration relating to	**Arbitraje ambiental**
Equality of the parties	**Igualdad de las partes**
Estoppel/waiver	**Principio de no incurrir en contradicción con los actos propios**
Ethics in arbitration	Ética arbitral **(ver «Códigos de ética arbitral»)**
European Association of Arbitration	**Asociación Europea de Arbitraje (Aeade)**
European Contract Law Principles	**Principios de Derecho europeo de los contratos**
European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Geneva Convention)	**Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)**
European Union law and arbitration	**Derecho de la Unión Europea y arbitraje**
Evidence	**Prueba**
Ex parte communications	**Comunicaciones *ex Parte***
Excess of powers; Failure to deal with all the issues referred to the tribunal for determination	**Incongruencia del laudo**
Exclusive jurisdiction of state courts	**Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)**
Exequatur	**Exequátur**
Expert	Perito **(ver «Careo de peritos (o de testigos)»)**
Expert conferencing or witness conferencing	**Careo de peritos (o de testigos)**
Expropriation	**Expropiación forzosa**
Extra-territorial effects of expropriation	**Efectos extraterritoriales de la expropiación**
F	
Fair and equitable treatment	**Trato justo y equitativo**
Favor arbitri (the principle of)	***Favor arbitris***
Financial matters and/or Securities arbitration, Arbitration relating to	**Arbitraje financiero (ver también «Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados»)**
Force majeure clause	**Cláusula de fuerza mayor**
Foreign investor	**Inversor extranjero**
Fork in the road clause	Opción irrevocable **(ver «Cláusula de opción irrevocable»)**

Forum non conveniens	***Forum non conveniens***
Forum of necessity	**Foro de necesidad**
Forum shopping	***Forum shopping***
Free trade agreement (arbitration in the context of)	**Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)**
G	
General principles of arbitration	**Principios generales del arbitraje**
General principles of law	**Principios generales del Derecho**
Globalization	**Globalización**
Good faith (in the arbitration)	**Buena fe (en el arbitraje)**
Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law	**Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil**
H	
Hardship clause	**Cláusula *hardship***
Harmonization of arbitration legislation	**Armonización arbitral**
Headquarters agreements	Acuerdos de sede **(ver «Arbitraje en acuerdos de sede»)**
Hearings	**Audiencias**
High Council of the Chambers of Commerce	**Consejo Superior de Cámaras de Comercio**
Human rights (in arbitration)	**Derechos humanos (en el arbitraje)**
I	
Icsid Convention, Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965	**Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi)**
Icsid Regulation and Rules	**Reglamento y Reglas del Ciadi**
IISD Model (International Agreement on Investment for Sustainable Development)	**Modelo IISD**
Illegal expropriation	**Expropiaciones ilícitas**
Immunity of the state	**Inmunidad del Estado**
Impartiality of the arbitrator	**Imparcialidad del árbitro**
Impecuniousity	**Falta de recursos económicos**
Inarbitrability of the dispute	Inarbitrabilidad de la controversia **(ver «Arbitrabilidad»)**
Incoterms	**Incoterms**
Independence of the arbitrator	**Independencia del árbitro**
Institutional arbitration	Arbitraje corporativo **(ver «Arbitraje internacional» y la referencia que se hace a arbitraje institucional)**
Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)	**Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)**
International arbitration	**Arbitraje internacional**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (Icsid)	**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)**
International commercial arbitration	**Arbitraje comercial internacional**
International custom	**Costumbre internacional**
International organizations	Organizaciones internacionales **(ver «Arbitraje en contratos de organizaciones internacionales»)**
Interpretation, review and annulment of the award under the Icsid Convention/rules	**Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi**
Inter-state arbitration	**Arbitraje interestatal**
Invalidity of the arbitration agreement, Unenforceability of the arbitration agreement	**Ineficacia del convenio arbitral**
Investment	**Inversión**
Investment arbitration	**Arbitraje de inversiones**
Iran-US Claims Tribunal	**Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán**
Irrituale arbitration (Italian)	**Arbitraje *irrituale***
Iura novit curia	***Iura novit curia***
Iure gestionis; Acts of a private law character by the state	Actos *iure gestionis* **(ver «Inmunidad del Estado» y «*iure gestionis*»)**
Iure imperii; Acts of a sovereign authority	Actos *iure imperii* **(ver «Inmunidad del Estado»)**
Ius variandi	***Ius variandi***
J	
Joinder of claims	**Acumulación de pretensiones**
Judge/courts of the seat acting in support of arbitration	**Juez de apoyo**
Judicial assistance (in the arbitral context)	Auxilio judicial **(ver «Asistencia judicial»)**
Judicial control (of the arbitration)	**Control judicial (del arbitraje)**
Judicial organs in Spanish arbitration	**Órganos judiciales en el arbitraje español**
Jurisdiction and competence of the arbitral tribunal	**Jurisdicción y competencia arbitral**
K	
Kees Van Raad Report	**Informe *Kees van Raad***
L	
Law applicable to the contract; *Lex contractus*	***Lex contractus***
Land Transportation Arbitration Boards	**Juntas Arbitrales de Transporte Terrestre**
Language of the proceedings	**Idioma del procedimiento**
Latin America as the seat of the arbitration	**Latinoamérica como sede arbitral**
Law applicable to the arbitration	**Ley aplicable al arbitraje**
Law applicable to the arbitration agreement	**Ley aplicable al convenio arbitral**
Leases, Arbitration relating to	**Arbitraje arrendaticio**
Lex fori	***Lex fori***
Lex Mercatoria	***Lex Mercatoria***
Liability of the arbitral institution	**Responsabilidad de la institución arbitral**

Liability of the arbitrators	**Responsabilidad de los árbitros**
Lindencrona and Mattsson Report	**Informe *Lindencrona* y *Mattsson***
Litigation/arbitration funding	**Financiación de litigios**
Local remedies (exhaustion of)	**Recursos internos (Agotamiento de)**
Logistical support (by the Chambers of Commerce)	**Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)**
London Court of International Arbitration (LCIA)	***London Court of International Arbitration* (LCIA)**
Lucrum cessans ; lost profits	**Lucro cesante (en general)**
Lump-sum agreements	***Lump-sum agreements***
M	
Madrid Arbitration Court	**Corte de Arbitraje de Madrid**
Mandatory law/rules	**Leyes de policía**
Maritime arbitration (international)	**Arbitraje marítimo internacional**
Measures equivalent to expropriation in investment arbitration	**Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
Mediation	**Mediación**
Mercosur	Mercosur **(ver «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur»; «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»; «Laudos arbitrales en el Mercosur»; «Medidas compensatorias en el Mercosur»)**
Mini Trial	*Mini Trial* **(ver «Pequeño juicio»)**
Minimum standard under international law	Estándar mínimo de trato a los extranjeros **(ver «Trato justo y equitativo»)**
Mitigation of damage	**Principio de mitigación del daño**
Mixed arbitration	**Arbitraje mixto**
Mixed clause	**Cláusulas mixtas o *mix-and-match***
Moot	**Moot**
Most favourable law for the enforcement of the award	Ley más favorable en la ejecución de laudo **(ver «Ejecución de laudo»)**
Most-favoured nation (MFN) clause	**Cláusula de la nación más favorecida (NMF)**
Moynier's model	**Modelo de Moynier**
Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)	**Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones**
Multi-party arbitration and multi-contract arbitration/arbitration under a multitude of contracts	**Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcial y arbitraje multicontrato**
Multiple parties	**Litisconsorcio**
Multi-tier or escalation clauses (also med-arb clauses)	**Cláusula *multi-tier* o cláusulas escalonadas**
N	
Nationalisation	**Nacionalización**
Nationality	**Nacionalidad**
Negative effect of the arbitration agreement	**Efecto negativo del convenio arbitral**

Negotiation	**Negociación**
Neutrality of the arbitrator	**Neutralidad del árbitro**
New York Convention of 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)	**Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)**
Nomination of the arbitrators; appointment of the arbitrators	Nombramiento de los árbitros **(ver «Designación de los árbitros»)**
Non-signatories of the arbitration agreement	Terceros no firmantes de la cláusula arbitral **(ver «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes»)**
Notarisation (authentication) of the arbitral award	**Protocolización del laudo arbitral**
Notice (of commencement of arbitration proceedings)	**Emplazamiento**
Notices and communications	**Notificaciones y comunicaciones**
O	
Offer of compensation	**Oferta de compensación**
Offer to arbitrate by a state	**Oferta del consentimiento estatal al arbitraje**
Online arbitration	Arbitraje electrónico; Arbitraje telemático **(ver «Arbitraje *on line*»)**
Overland transportation (CMR and OTIF Conventions), Arbitration relating to	**Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)**
P	
Pacta sunt servanda	***Pacta sunt servanda* (principio de)**
Parallel proceedings	**Duplicidad de procedimientos**
Partial annulment of the award	**Anulación parcial del laudo**
Partial award	**Laudo parcial**
Partnership disputes	*Partnership disputes* **(ver «Litigios societarios»)**
Party autonomy	**Autonomía de la voluntad**
Pathological arbitration clauses	**Cláusulas (arbitrales) patológicas**
Peaceful settlement of disputes (principle of)	**Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)**
Pendulum arbitration/baseball arbitration/final or last offer arbitration	**Arbitraje pendular (*pendulum arbitration*)**
Place of the arbitration	Lugar del arbitraje **(ver «Sede del arbitraje»)**
Pleadings; arguments	**Alegaciones**
Positive effect of the arbitration agreement	**Efecto positivo del convenio arbitral**
Postal/mail arbitration	**Arbitraje postal**
Preliminary conference	**Conferencia preliminar**
Preliminary directions	**Órdenes preliminares**
Preliminary objections	**Excepciones preliminares**
Preliminary question	**Prejudicialidad**
Preliminary ruling on the law of the European Union	**Cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo**

Principles of international law	**Principios de Derecho Internacional**
Privity, Arbitration without/arbitration without a contract	**Arbitraje sin vínculo contractual**
Procedural obligations of the parties (in the arbitration)	**Cargas procesales (en el arbitraje)**
Procedural order	Resolución procesal **(ver «Orden procesal»)**
Professional liability insurance in an arbitration (arbitrators and arbitration institution)	**Seguro arbitral**
Public contracts (concept in domestic law)	**Contratos públicos (noción en el Derecho interno) (ver también «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»)**
Public infrastructure contracts, Arbitration relating to	**Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público**
Public policy. National	**Orden público nacional**
Q	
Quantification of damage (in investment arbitration)	**Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)**
R	
Rabbinical courts for financial disputes	**Arbitraje financiero rabínico**
Real-estate arbitration; Property-related arbitration	**Arbitraje inmobiliario**
Reasonable inquiry	**Indagación razonable**
Rebus sic stantibus; Hardship (clause or principle)	***Rebus sic stantibus* (cláusula o principio de)**
Rebuttal/Defence	**Contestación**
Recognition and enforcement of awards issued under the ICSID Convention	**Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi**
Recognition of a foreign award	Reconocimiento de laudo extranjero **(ver «Exequátur»)**
Regulation (EU) n.° 1215/2012 of the Parliament and the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.	**Reglamento (EU) n.° 1215/2012 del Parlamento 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**
Rejoinder	**Dúplica**
Remedies (available) against an ICSID award	**Recursos contra el laudo arbitral Ciadi**
Renvoi	**Reenvío**
Reply	**Réplica**
Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States	**Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados**
Request for Arbitration (in Icsid proceedings)	**Solicitud de arbitraje (en el ámbito Ciadi)**
Request for Arbitration; Statement of Claim; Memorial	**Demanda arbitral**
Request for production of documents	**Requerimientos de aportación de pruebas**

Res judicata (effect)	**Cosa juzgada**
Res judicata (effect) of the arbitral award	**Cosa juzgada del laudo arbitral (ver también «Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral»)**
Reservations in international treaties	**Reservas a los tratados internacionales**
Revision (review) of the award	**Revisión del laudo**
Right to be heard in adversarial proceedings	Contradicción **(ver «Defensa y contradicción»)**
Rome Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations (1980)	**Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales**
Rotterdam rules	**Reglas de Rotterdam**
S	
Salini Test	**Test de Salini**
Seat of the arbitration	**Sede del arbitraje**
Secretary of the arbitral tribunal	**Secretario de tribunal arbitral**
Securities arbitration	**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**
Security	**Caución**
Self-regulation	**Autorregulación**
Separability or severability of the arbitration agreement	**Separabilidad del convenio arbitral; Autonomía de la cláusula arbitral**
Set-off of claims	**Compensación de deudas e intereses**
Settlement agreement in administrative proceedings	**Terminación convencional del procedimiento administrativo**
Shareholders disputes, Arbitration of	**Arbitraje societario; Litigios societarios**
Single v dual system (for domestic and international arbitration)	**Sistema monista *versus* sistema dualista**
SOLVIT System	**Sistema «Solvit»**
Sources of arbitration law	**Fuentes del Derecho arbitral**
Spanish Court of Arbitration	**Corte Española de Arbitraje**
Sport arbitration	**Arbitraje deportivo**
Stabilization clause	**Cláusulas de estabilización**
Standard form arbitration clause	**Cláusula arbitral adhesiva**
State contracts	**Contratos de Estado**
Statement of Claim; Request for Arbitration; Memorial	**Demanda arbitral**
Subject matter of the arbitral procedure	**Objeto del procedimiento arbitral (objeto de la controversia *inter partes* respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral)**
Subject-matter that may be disposed of	**Disponibilidad del objeto**
Subrogation of one party (to the arbitration agreement)	**Subrogación de las partes (en el convenio arbitral)**
Substantive law in international commercial arbitration	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional**
Substantive law in investment arbitration	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones**

Superior Court of Justice of the Autonomous Community (in Spain)	**Tribunal Superior de Justicia (en España)**
Swiss Arbitration Association	**Asociación Suiza de Arbitraje**
Sworn translation (official translation)	**Traducción jurada (traducción oficial)**
T	
Tax	Fiscalidad **(ver «Arbitraje tributario»)**
Tax issues, Arbitration relating to	**Arbitraje tributario**
Tax (in Spain), Arbitration relating to valuation for the purposes of	**Arbitraje en las tasaciones periciales**
Telecommunications	Telecomunicaciones **(ver «Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones»)**
Telecommunications sector, Arbitration relating to the	**Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones**
Termination/discharge of the arbitration clause	**Extinción de la cláusula arbitral**
Terms of Reference	**Acta de misión**
Testamentary/probate issues, Arbitration relating to	**Arbitraje testamentario**
Third party to the arbitral procedure and/or to the arbitration agreement	**Tercero interviniente**
Trademarks, Arbitration relating to	**Arbitraje y Ley de Marcas**
Transnational public policy; truly international public policy	**Orden público transfronterizo o transnacional**
Transnationalisation of the applicable law	**Transnacionalización de la norma aplicable**
Treaty claims	*Treaty claim* **(ver «*Contract claims vs. treaty claims*»)**
Treaty shopping	***Treaty shopping***
Tribunal of Permanent Review of the Southern Common Market (Mercosur)	**Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur**
U	
Ultra petita, arbitral award; ambit of reference (arbitral award beyond)	**Extralimitación del laudo arbitral**
Umbrella clause	**Cláusula paraguas**
Uncitral Arbitration Rules	**Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi-Uncitral**
Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration	Ley Modelo Cnudmi **(ver «Ley Modelo Uncitral»)**
Unenforceability of the arbitral award	Inejecutabilidad del laudo **(ver «Ejecución del laudo»)**
Unenforceability of the arbitration agreement; invalidity of the arbitration agreement	**Ineficacia del convenio arbitral**
Unidroit Principles of international commercial contracts	**Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales**
Unilateral arbitration (in the foreign investment context)	**Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones)**
Unilateral/asymmetric arbitration clause	**Convenio arbitral asimétrico**

United Nations Commission for International Trade Law (Uncitral)	**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/ Uncitral)**
United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, adopted on 11 April 1980, Vienna, 1980 (CISG)	**Convención de las Naciones Unidas de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena, Cnuccim, o en inglés, CISG)**
W	
Waiver of right to challenge the award	**Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral**
Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 (Icsid Convention)	**Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi)**
Withdrawal from the arbitration procedure	**Desistimiento del proceso arbitral**
Witness	**Testigo**
Witness conferencing	Careo de testigos **(ver «Careo de peritos (o de testigos)»)**
Witness examination	Interrogatorio de testigos **(ver «Examen de testigos»)**
Witness of fact	**Testigo de hechos (*witness of fact* o *fact witness*)**
Witness statements	**Declaraciones escritas**
Witness testimony	**Declaración de testigo**
World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment	**Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa**
Written statements	**Declaraciones escritas**
WTO arbitration	**Contencioso arbitral en el marco de la OMC**

Tercera tabla:
Traducción del vocablo en francés al español

Français	Español
A	
Abstention de l'arbitre	**Abstención del árbitro**
Abus de droit (dans l'arbitrage)	**Abuso del Derecho (en el arbitraje)**
Accord de siège	Acuerdos de sede **(ver «Arbitraje en acuerdos de sede»)**
Acquiescement	**Allanamiento**
Acte de Mission	**Acta de Misión**
Aérien (arbitrage)	**Arbitraje aéreo**
Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA)	**Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones**
Aide logistique (par les Chambres de commerce)	**Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)**
Alternative Dispute Resolution	**Resolución alternativa de controversias**
Amendement de la requête d'arbitrage et/ou de la réponse à la requête	**Enmiendas a la demanda y/o a la contestación**
American Arbitration Association (AAA)	***American Arbitration Association («AAA»)***
Amérique Latine (comme siège d'arbitrage)	**Latinoamérica (como sede arbitral)**
Amiable composition	Amigable composición **(ver «Arbitraje de equidad»)**
Amicus curiae	***Amicus curiae***
Annulation d'une sentence	**Acción de anulación**
Annulation de la sentence rendue sous l'égide du Cirdi	Ver **«Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi»**
Annulation partielle de la sentence	**Anulación parcial del laudo**
Anti-suit injunction	**Medida antiproceso**
Arbitrabilité	**Arbitrabilidad**
Arbitrabilité conditionnelle	**Arbitrabilidades condicionadas**
Arbitrage	**Arbitraje**
Arbitrage *ad hoc*	**Arbitraje *ad hoc* (también llamado arbitraje ocasional o no administrado)**
Arbitrage aérien	**Arbitraje aéreo**
Arbitrage au sein de l'OMC	**Contencioso arbitral en el marco de la OMC (ver también «Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la»)**
Arbitrage pendulaire/arbitrage baseball/arbitraje de la dernière offre	**Arbitraje pendular *(pendulum arbitration)***
Arbitrage commercial	**Arbitraje comercial**
Arbitrage commercial international	**Arbitraje comercial internacional**
Arbitrage consulaire	**Arbitraje consular**
Arbitrage d'investissement	**Arbitraje de inversiones**

Arbitrage d'organismes autonomes sur la publicité trompeuse	**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**
Arbitrage de consommation	**Arbitraje de consumidores y usuarios**
Arbitrage de consommation collectif (*class action*)	**Arbitraje de consumo colectivo**
Arbitrage de consommation électronique	**Arbitraje de consumo electrónico**
Arbitrage délocalisé	**Arbitraje deslocalizado (ver también «Deslocalización del arbitraje internacional»)**
Arbitrage domestique	**Arbitraje nacional**
Arbitrage électronique	**Arbitraje *on line***
Arbitrage en droit	**Arbitraje de Derecho**
Arbitrage en droit des marques	**Arbitraje y Ley de Marcas**
Arbitrage en droit du travail	**Arbitraje laboral**
Arbitrage en équité	**Arbitraje de equidad**
Arbitrage en ligne	**Arbitraje *online* (arbitraje telemático/ electrónico)**
Arbitrage en matière de transport terrestre international (Conventions CMR et Cotif)	**Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)**
Arbitrage en matière financière	**Arbitraje financiero**
Arbitrage en matière financière avec des consommateurs	**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**
Arbitrage en matière fiscale	**Arbitraje tributario**
Arbitrage en matière de baux	**Arbitraje arrendaticio**
Arbitrage environnemental	**Arbitraje ambiental**
Arbitrage et contrats d'infrastructures du secteur public	**Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público**
Arbitrage et accords de siège	**Arbitraje en acuerdos de sede**
Arbitrage et contrats publics	Arbitraje en la contratación pública **(ver «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»)**
Arbitrage et faillites	**Arbitraje y concurso interno**
Arbitrage et faillites internationales	**Arbitraje concursal internacional**
Arbitrage et télécommunications	**Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones**
Arbitrage immobilier	**Arbitraje inmobiliario**
Arbitrage impliquant un Etat (arbitrage et contrats publics)	**Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)**
Arbitrage informel	**Arbitraje informal**
Arbitrage institutionnel	**Arbitraje institucional (también llamado arbitraje administrado o arbitraje corporativo)**
Arbitrage interétatique	**Arbitraje interestatal**
Arbitrage international	**Arbitraje internacional**
Arbitrage interne	**Arbitraje nacional**
Arbitrage *irrituale*	**Arbitraje *irrituale* (*arbitrato irrituale*)**
Arbitrage maritime international	**Arbitraje marítimo internacional**
Arbitrage mixte (entre un Etat et une personne privée)	**Arbitraje mixto**

Arbitrage multi-contrats	Arbitraje multicontrato **(ver «Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcial y arbitraje multicontrato»)**
Arbitrage multipartite (ou multi-parties)	Arbitraje multiparte (ver **«Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcial y arbitraje multicontrato»**)
Arbitrage *on line*	**Arbitraje *on line***
Arbitrage pendulaire	**Arbitraje pendular**
Arbitrage postal	**Arbitraje postal**
Arbitrage rabinique en matière financière	**Arbitraje financiero rabínico**
Arbitrage relatif à des contrats financiers conclus sur les marchés organisés	**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**
Arbitrage relatif à la commercialisation à distance de services financiers	**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**
Arbitrage sans lien contractuel	**Arbitraje sin vínculo contractual**
Arbitrage sociétaire	**Arbitraje societario; Litigios societarios**
Arbitrage sportif	**Arbitraje deportivo**
Arbitrage sur le Marché à Terme de Buenos Aires	**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**
Arbitrage syndical	**Arbitraje sindical**
Arbitrage testamentaire	**Arbitraje testamentario**
Arbitrage unilatéral (en matière d'investissements étrangers)	**Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras)**
Arbitre	**Árbitro**
Arbitrium boni viri	***Arbitrium boni viri***
Assistance judiciaire (en matière d'arbitrage) (juge d'appui)	**Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)**
Assistance judiciaire (juge d'appui)	**Asistencia judicial (o Auxilio judicial)**
Association Européenne d'Arbitrage	**Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)**
Association Suisse de l'Arbitrage	**Asociación Suiza de Arbitraje**
Assurance de responsabilité civile des arbitres et de l'institution arbitrale	**Seguro arbitral**
Attestation de témoin	**Declaración de testigo**
Audiences	**Audiencias o vistas**
Authentification par notaire de la sentence arbitrale	**Protocolización del laudo arbitral**
Autonomie de la clause compromissoire	**Autonomía de la cláusula arbitral**
Autonomie de la volonté	**Autonomía de la voluntad**
Autorégulation	**Autorregulación**
Autorité de la chose jugée	**Cosa Juzgada (ver también «Cosa juzgada del laudo arbitral»** y **«Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral»)**

B	
Baux (Arbitrage en matière de baux)	**Arbitraje arrendaticio**
Bifurcation de la procédure	**Bifurcación del proceso**
Bonne foi (dansl'arbitrage)	**Buena fe (en el Arbitraje)**
C	
Caractère exécutoire de la sentence arbitrale	**Eficacia ejecutiva del laudo arbitral**
Caractère non exécutoire de la sentence	Inejecutabilidad del laudo **(ver «Ejecución del laudo»)**
Cautionnement	**Caución**
Centre de gravité (Doctrine du)	Centro de gravedad (ver **«Doctrina del centro de gravedad»**)
Centre de résolution des différends de la Chambre Officielle de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation de Barcelone	***Consolat de Mar*** **(Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)**
Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (Cirdi)	**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)**
(Autorité de la) Chose jugée	**Cosa juzgada (ver también «Cosa juzgada del laudo arbitral»** y **«Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral»)**
Clause arbitrale	Cláusula arbitral **(ver «Convenio arbitral»)**
Clause compromissoire abusive	**Cláusula arbitral abusiva**
Clause compromissoire d'adhésion	**Cláusula arbitral adhesiva**
Clause d'arbitrage	Cláusula arbitral **(ver «Convenio arbitral»)**
Clause de force majeure	**Cláusula de fuerza mayor**
Clause de hardship	**Cláusula hardship**
Clause de la nation la plus favorisée	**Cláusula de la nación más favorecida (NMF)**
Clause de stabilisation	**Cláusula de estabilización**
Clause d'option irrévocable	**Cláusula de opción irrevocable**
Clause mixte	**Cláusula mixta o *mix-and-match***
Clause papillon	**Cláusula mariposa**
Clause parapluie (*umbrella clause)*	**Cláusula paraguas**
Clauses *multi-tier*	**Cláusulas *multi-tier* o cláusulas escalonadas**
Code d'éthique	**Códigos de ética arbitral**
Comités *ad hoc* dans le cadre du Cirdi	**Comités *ad hoc* en el sistema arbitral Ciadi**
Comité de règlement des différends	***Dispute Boards***
Commencement de l'arbitrage	**Inicio del arbitraje (ver «Comienzo del arbitraje»)**
Commission d'arbitrage de consommation	**Juntas Arbitrales de Consumo**
Commission d'arbitrage de transport terrestre	**Juntas Arbitrales de transporte terrestre**
Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (Cnudci)	**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/ Uncitral)**
Commission pour le droit européen des contrats	**Comisión de Derecho Contractual Europeo**

Communication entre avocats et arbitres	**Transferencia de información entre abogados y árbitros**
Communication *ex parte*	**Comunicaciones *Ex Parte***
Compensation	**Compensación de deudas e intereses**
Compétence	Competencia **(ver «Jurisdicción y competencia arbitral»)**
Compétence impérative des juridictions étatiques	**Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)**
Compétence-compétence	**Competencia sobre la competencia (*kompetenz-kompetenz*)**
Concilitation	**Conciliación**
Conciliation dans le cadre du Cirdi	**Conciliación en el ámbito Ciadi**
Conférence préliminaire	**Conferencia preliminar**
Confidentialité	**Confidencialidad**
Conflict check	**Verificación sobre un conflicto de intereses (ver «*Conflict check*»)**
Conflit de lois	**Conflicto de leyes**
Conflit d'intêrets (Vérification d'absence de)	Conflicto de interés (ver «***Conflict check***»)
Confrontation d'experts (ou de témoins)	**Careo de peritos (o de testigos)**
Conseil Supérieur des Chambres de Commerce	**Consejo Superior de Cámaras de Comercio**
Consentement à l'arbitrage (exprès ou tacite)	**Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)**
Consommateurs	Consumidores **(ver «Arbitraje de consumidores y usuarios»; «Arbitraje de consumo colectivo»; «Arbitraje de consumo electrónico»; «Arbitraje de contratos financieros con consumidores»)**
Constitutionnalité de l'arbitrage	**Constitucionalidad del arbitraje**
Contestation de la compétence du tribunal arbitral	**Declinatoria arbitral**
Contestation de la compétence du tribunal étatique	**Declinatoria de jurisdicción**
Contract claim	*Contract claim* **(ver «*Contract claims vs. treaty claims*»)**
Contrats d'Etat	**Contratos del Estado**
Contrats publics (ou contrats d'Etat)	**Contratos públicos (noción en el derecho interno)**
Contrôle d'absence de conflit d'intérêts	**Verificación sobre un conflicto de intereses**
Contrôle de la sentence en arbitrage d'investissement	**Control del laudo en el arbitraje de inversiones**
Contrôle judiciaire (de l'arbitrage)	**Control judicial (del arbitraje)**
Convention d'arbitrage	**Convenio arbitral; Acuerdo de arbitraje**
Convention d'arbitrage asymétrique	**Convenio arbitral asimétrico**
Convention d'arbitrage dans le Contrat Cadre d'Opérations Financières	**Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)**
Convention d'arbitrage asymétrique	**Convenio arbitral asimétrico**
Convention d'arbitrage dans les contrats avec les organisations internationales	**Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales**
Convention d'arbitrage pathologique	**Cláusulas arbitrales patológicas**
Convention de double imposition	**Convenio de doble imposición**

Convention de New York de 1958 (Convention sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères)	**Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)**
Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles	**Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales**
Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne)	**Convención de las Naciones Unidas de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena, Cnuccim, o en inglés, CISG)**
Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention Cirdi)	**Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi)**
Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International signée à Genève en 1961 (Convention de Genève)	**Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)**
Convention Interaméricaine sur l'Arbitrage Commercial International (Convention de Panama)	**Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)**
Correction, interprétation et complément de la sentence	**Corrección, aclaración y complemento del laudo**
Cour Civile et Commerciale d'Arbitrage (CIMA)	**Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)**
Cour d'Arbitrage	Corte de Arbitraje **(ver «Arbitraje institucional»)**
Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Navigation de Valencia	**Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia**
Cour d'Arbitrage de Madrid	**Corte de Arbitraje de Madrid**
Cour Espagnole d'Arbitrage	**Corte Española de Arbitraje**
Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale	**Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**
Cour Permanente d'Arbitrage	**Corte Permanente de Arbitraje**
Coûts de la procédure arbitrale	**Costas del procedimiento arbitral**
Coutume commerciale	Costumbre mercantil **(ver «Arbitraje pendular Usos y costumbres mercantiles»)**
Coutume internationale	**Costumbre internacional**
Culture arbitrale	**Cultura arbitral**
D	
Déclarations écrites	**Declaraciones escritas**
Déclaration de témoin	**Declaración de testigo**
Déclinatoire de compétence arbitrale	**Declinatoria arbitral**
Déclinatoire de compétence étatique	**Declinatoria de jurisdicción**
Défaut délibéré du défendeur	**Rebeldía por conveniencia**
Défaut du défendeur	**Rebeldía**
Défaut d'une partie	**Inactividad de las partes**
Délai	**Plazo**
Délibérations (du tribunal arbitral)	**Deliberaciones (del tribunal arbitral)**

Délocalisation de l'arbitrage international	**Deslocalización del arbitraje internacional (ver también «Arbitraje deslocalizado»)**
Demande d'arbitrage	**Demanda arbitral**
Demande de production de documents	**Requerimientos de aportación de pruebas**
Demande fondée sur le contrat	Reclamaciones de naturaleza contractual **(ver «*Contract claims*»)**
Demandes fondées sur le contrat et demandes fondées sur un traité	Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado **(ver «*Contract claims vs. treaty claims*»)**
Demande reconventionnelle	**Reconvención**
Dépeçage	***Dépeçage***
Dépôt de la sentence arbitrale au rang des minutes d'un notaire	**Protocolización del laudo arbitral**
Désignation d'une personne morale comme arbitre	**Designación de persona como árbitro**
Désignation des arbitres	**Designación de los árbitros (ver también «Nombramiento de los árbitros»)**
Désistement de la procédure arbitrale	**Desistimiento del proceso arbitral**
Devoir de révélation des arbitres	**Deber de declaración (de los árbitros)**
Différends entre associés	Controversias entre socios **(ver «Arbitraje societario»)**
Discovery	**Exhibición de hechos**
Disponibilité de l'objet du litige (droits disponibles)	**Disponibilidad del objeto**
Disponibilité pour agir en tant qu'arbitre	**Disponibilidad (para ser árbitro)**
Doctrine du centre de gravité	**Doctrina del centro de gravedad**
Dommages-intérêts (évaluation dans l'arbitrage)	**Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje)**
Dommages-intérêts pour infraction aux garanties d'investissement	**Daños y perjuicios por infracciones a las garantías de inversión**
Droit à un procès juste et équitable	**Debido proceso**
Droit anglo-saxon	**Derecho anglosajón**
Droit applicable au fond du litige en arbitrage commercial international	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional**
Droit applicable au fond du litige en arbitrage d'investissement	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones**
Droit communautaire et arbitrage	Derecho comunitario y arbitraje (ver **«Derecho de la Unión Europea y arbitraje»**)
Droit continental/droit de tradition romano-germanique/ droit civil	**Derecho continental/derecho de tradición jurídica romano-germánica**
Droit de l'Union Européenne et arbitrage	**Derecho de la Unión Europea y arbitraje**
Droit d'être entendu	**Defensa y contradicción (ver también «Orden público nacional»)**
Droit d'être entendu (violation du)	**Indefensión**
Droits de l'homme fondamentaux (dans l'arbitrage)	**Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje)**
Dualisme	Dualismo **(ver «Sistema monista *versus* sistema dualista»)**
Duplique	**Dúplica**

E	
Ecritures	**Alegaciones**
Effets extraterritoriaux de l'expropriation	**Efectos extraterritoriales de la expropiación**
Effet négatif de la convention d'arbitrage	**Efecto negativo del convenio arbitral**
Effet positif de la convention d'arbitrage	**Efecto positivo del convenio arbitral**
Effet utile d'un traité	**Efecto útil de los tratados**
Egalité des parties	**Igualdad de las partes**
Environnement (Arbitrage environnemental)	**Arbitraje ambiental**
Equité (Arbitrage en équité)	**Arbitraje de equidad**
Evaluation du dommage (en arbitrage d'investissement)	**Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)**
Exceptions préliminaires	**Excepciones preliminares**
Excès de pouvoir de l'arbitre	**Incongruencia del laudo**
Exécution d'une sentence annulée	**Ejecución de laudo nulo**
Exécution de la sentence arbitrale	**Ejecución del laudo**
Exequatur	***Exequátur***
Expert	**Perito**
Expropriation ; Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement	**Expropiación forzosa**; **Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones (ver también «Efectos extraterritoriales de la expropiación»**)
Extension de la clause compromissoire à des tiers non-signataires	**Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes**
Extinction de la convention d'arbitrage	**Extinción de la cláusula arbitral**
Extra petita/Ultra petita/Infra petita	**Incongruencia del laudo**
F	
Faillite (effets de la faillite sur la convention d'arbitrage)	Quiebra (Efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) **(ver «Arbitraje concursal interno», «Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia»)**
Faillites internationales (Arbitrage et)	Concurso internacional **(ver «Arbitraje concursal internacional»**)
Favor arbitris	***Favor arbitris***
Financement des litiges	**Financiación de litigios**
Financière (Arbitrage en matière)	**Arbitraje financiero (ver también «Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados»; «Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)»**)
Fiscalité	Fiscalidad **(ver «Arbitraje tributario»**)
Force majeure	Fuerza mayor (ver **«Cláusula de fuerza mayor»**)
For de nécessité	**Foro de necesidad**
Forum non conveniens	***Forum non conveniens***
Forum shopping	***Forum shopping***

H	
Hardship	Ver «**Cláusula hardship**»
Harmonisation des législations arbitrales	**Armonización arbitral**
I	
Immobilier (Arbitrage)	**Arbitraje inmobiliario**
Immunité de l'Etat	**Inmunidad del Estado**
Impartialité de l'arbitre	**Imparcialidad del árbitro**
Impecuniousité	**Falta de recursos económicos**
Inarbitrabilité du litige	Inarbitrabilidad de la controversia **(ver «Arbitrabilidad»)**
Incohérence de la sentence par rapport aux demandes des parties	**Incongruencia del laudo**
Incoterms	**Incoterms**
Indemnisation (dans le cadre de l'arbitrage d'investissement)	**Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)**
Indemnité globale forfaitaire	***Lump-sum agreements***
Indépendance de l'arbitre	**Independencia del árbitro**
Inefficacité de la convention d'arbitrage	**Ineficacia del convenio arbitral**
Infra petita/Extra petita/Ultra petita	**Incongruencia del laudo**
Infrastructure du secteur public (Arbitrage et contrats d')	Infraestructura del sector público (Arbitraje en contratos de) **(ver «Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público»)**
Interdiction de se contredire au détriment d'autrui	**Principio de no incurrir en contradicción con los actos propios**; ***Venire contra factum proprium***
Interprétation de la sentence	Aclaración del laudo **(ver «Corrección, aclaración y complemento y rectificación de la extralimitación del laudo»** y **«Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi»)**
Interrogatoire de témoins	Interrogatorio de testigos (ver **«Examen de testigos»)**
Investigation raisonnable	**Indagación razonable**
Investissement	**Inversión**
Investisseur étranger	**Inversor extranjero**
Iura novit curia	***Iura novit curia***
Iure gestionis	***Iure gestionis***
Iure imperii	**Inmunidad del Estado**
Ius variandi	***Ius variandi***

J	
Jonction de prétensions	**Acumulación de pretensiones**
Jonction de procédures	**Consolidación**
Juge d'appui	**Juez de apoyo (ver «Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)»)**
Juridiction et compétence du tribunal arbitral	**Jurisdicción y competencia arbitral**
Jurisprudence arbitrale	**Jurisprudencia arbitral**
Jurisprudence arbitrale dans l'arbitrage d'investissements internationaux	**Jurisprudencia arbitral en el arbitraje de inversiones internacionales**
L	
Langue de procédure	**Idioma del procedimiento**
Lex contractus	***Lex contractus***
Lex fori	***Lex fori***
Lex Mercatoria	***Lex Mercatoria***
Lieu de l'arbitrage	Lugar del Arbitraje **(ver «Sede de arbitraje»)**
Liste d'arbitres	**Lista de árbitros**
Litiges entre associés	Controversias entre socios **(ver «Arbitraje societario» y «Litigios societarios»)**
Litiges sociétaires (litiges entre associés)	**Litigios societarios (ver también «Arbitraje societario»)**
Litispendance arbitrale	**Litisdependencia arbitral**
Litispendance internationale	**Litisdependencia internacional**
Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits	**Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil**
Loi applicable à la convention d'arbitrage	Ley aplicable al convenio arbitral **(ver «Autonomía de la cláusula arbitral»)**
Loi applicable à l'arbitrage (loi applicable à la procédure arbitrale)	**Ley aplicable al arbitraje (ley aplicable en el procedimiento arbitral)**
Loi du for	***Lex fori***
Loi la plus favorable à l'exécution de la sentence	Ley más favorable en la ejecución de laudo **(ver "Ejecución de laudo»)**
Loi type de la Cnudci (Uncitral) sur l'arbitrage commercial international	**Ley Modelo Cnudmi (Uncitral) sobre Arbitraje Comercial Internacional**
Lois de police	**Leyes de policía**
London Court of International Arbitration (LCIA)	**London Court of International Arbitration (LCIA)**
Lucrum cessans	**Lucro cesante**

M	
Maritime (Arbitrage maritime international)	**Arbitraje marítimo internacional**
Marques	Marcas **(ver «Arbitraje y Ley de Marcas»)**
Mauvaise foi	Mala fe **(ver «Buena fe (en el arbitraje»)**
Médiation	**Mediación**
Mémoires	**Alegaciones**
Mémoire en demande	**Demanda arbitral**
Mercosur	Mercosur **(ver «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur»; «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»; «Laudos arbitrales en el Mercosur»; «Medidas compensatorias en el Mercosur»)**
Mesures anti-procès; Mesures anti-poursuite	**Medida antiproceso**
Mesures compensatoires dans le Mercosur	**Medidas compensatorias en el Mercosur**
Mesures conservatoires	**Medidas cautelares**
Mesures provisoires	Medidas preliminares **(ver «Medidas cautelares»)**
Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement	**Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
Minimisation/mitigation du dommage	Mitigación del daño **(ver «Mitigación del daño (principio de)»)**
Mini Trial	*Mini Trial* **(ver «Pequeño juicio»)**
Mode alternatif de règlement des conflits	**Resolución alternativa de controversias**
Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)	**Modelo IISD**
Modèle de Moynier	**Modelo de Moynier**
Mondialisation	**Globalización**
Monisme	Monismo **(ver «Sistema monista *versus* sistema dualista»)**
Moot	**Moot**
Moot Madrid	**Moot Madrid**
N	
Nationalisation	**Nacionalización**
Nationalité	**Nacionalidad**
Négociation	**Negociación**
Neutralité de l'arbitre	**Neutralidad del árbitro**
Nomination d'une personne morale comme arbitre	**Designación de persona jurídica como árbitro**
Nomination des arbitres	**Nombramiento de los árbitros (ver también «Designación de los árbitros»)**
Notification d'une demande d'arbitrage	**Emplazamiento**
Notifications et communications	**Notificaciones y comunicaciones**

O	
Objet de la procédure arbitrale	**Objeto del procedimiento arbitral**
Obligations procédurales des parties (dans l'arbitrage)	**Cargas procesales (en el arbitraje)**
Offre d'arbitrer de l'Etat	**Oferta del consentimiento estatal al arbitraje**
Offre de réparation; Offre de dédommagement; Offre de compensation	**Oferta de compensación**
Organisation Mondiale du Commerce (Arbitrage dans le cadre de l')	Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la) **(ver también «Contencioso arbitral en el marco de la OMC»)**
Opinion dissidente	**Opinión disidente**
Option irrévocable	Opción irrevocable **(ver «Cláusula de opción irrevocable»)**
Ordonnance de procédure	Resolución procesal **(ver «Orden procesal»)**
Ordonnance préliminaire	**Órdenes preliminares**
Ordre juridique arbitral	**Orden jurídico arbitral**
Ordre public	Orden público **(ver «Orden público nacional»)**
Ordre public transnational; Ordre public réellement international	**Orden público transfronterizo o transnacional**
Organes judiciaires en matière d'arbitrage espagnol	**Órganos judiciales en el arbitraje español**
Organisations internationales	Organizaciones internacionales **(ver «Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales»)**
Organisation Mondiale du Commerce (Arbitrage dans le cadre de l')	**Organización Mundial del Comercio (Arbitraje en la) (ver también «Contencioso arbitral en el marco de la OMC»)**
P	
Pacta sunt servanda	***Pacta sunt servanda* (principio de)**
Panel de règlement des différends	***Dispute Boards***
Passivité des parties	**Inactividad de las partes**
Personne morale	Persona jurídica **(ver «Designación de persona jurídica»)**
Pluralité des parties	**Litisconsorcio**
Prescription de l'action en annulation contre la sentence arbitrale	**Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral**
Prescription de l'action en exécution de la sentence arbitrale	**Caducidad de la acción ejecutiva del laudo arbitral**
Preuve	**Prueba**
Principe du contradictoire	Contradicción **(ver «Contestación» y «Defensa y contradicción»)**
Principes de Droit européen des contrats	**Principios de Derecho europeo de los contratos**
Principes de droit international	**Principios de Derecho internacional**
Principe de minimisation du dommage	**Principio de mitigación del daño**
Principes directeurs de la Banque Mondiale relatifs au traitement de l'investissement étranger direct	**Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa**

Principes généraux du droit	**Principios generales del Derecho**
Principes D'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international	Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales **(ver «*Lex mercatoria*»)**
Procédure accusatoire	**Sistema adversarial de práctica de prueba**
Procédure arbitrale (règles de)	**Procedimiento arbitral (normas sobre)**
Procédures parallèles	**Duplicidad de procedimientos**
Production de documents dans l'arbitrage	***Discovery* arbitral**
Production de documents électroniques dans l'arbitrage	***Discovery* arbitral de documentos electrónicos**
Protection diplomatique	**Protección diplomática**
Provision pour frais	**Provisión de fondos**
Publicité trompeuse	Publicidad engañosa **(ver «Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa»)**
Q	
Quantification du dommage (en arbitrage d'investissement)	**Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)**
Question préjudicielle en droit de l'Union Européenne; Question préjudicielle en droit communautaire	**Cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea**
Question préliminaire	**Prejudicialidad**
R	
Rabinique (Arbitrage rabinique en matière financière)	Ver **«Arbitraje financiero rabínico»**
Rapport des Directeurs exécutifs de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement relatif à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats	**Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados**
Rapport Kees Van Raad	**Informe *Kees van Raad***
Rapport Lindencrona et Mattsson	**Informe *Lindencrona* y *Mattsson***
Rebus sic Stantibus (clause)	***Rebus sic Stantibus* (cláusula o principio de)**
Reconnaissance d'une sentence étrangère	Reconocimiento de laudo extranjero **(ver «*Exequátur*»)**
Reconnaissance et exécution d'une sentence rendue dans le cadre du Cirdi	**Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi**
Recours contre la sentence arbitrale	**Impugnación del laudo arbitral**
Recours contre une sentence arbitrale Cirdi	**Recursos contra el laudo arbitral Ciadi**
Recours en annulation	**Acción de anulación**
Recours en annulation d'une sentence Cirdi	**Ver «Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi»**
Recours internes (épuisement des voies de)	**Recursos internos (agotamiento de)**
Récusation de l'arbitre	**Recusación del árbitro**
Refus de l'arbitre d'accepter sa nomination	**Abstención del árbitro**

Règlement d'arbitrage	**Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)**
Règlement d'arbitrage de la Cnudci	**Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi/Uncitral**
Règlement (CE) n.° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité	**Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**
Règlement (CE) n.° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale	**Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**
Règlement d'un différend par un tiers	**Heterocomposición**
Règlement pacifique des différends internationaux (principe de)	**Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)**
Règlements du Cirdi	**Reglamento y reglas del Ciadi**
Règlement (UE) 1215/12 (Bruxelles I. Bis)	**Reglamento (UE) 1215/12 (Bruselas I. Bis)**
Règles de Rotterdam	**Reglas de Rotterdam**
Renonciation au droit d'exercer un recours en annulation contre la sentence	**Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral**
Renvoi	**Reenvío**
Réplique	**Réplica**
Réponse à la requête d'arbitrage/Mémoire en réponse	**Contestación**, **Contestación de la demanda**
Requête d'arbitrage	**Demanda arbitral**
Requête d'arbitrage (dans le cadre du Cirdi)	**Solicitud de arbitraje (en el ámbito Ciadi)**
Réserves aux traités internationaux	**Reservas a los tratados internacionales**
Responsabilité de l'institution arbitrale	**Responsabilidad de la institución arbitral**
Responsabilité des arbitres	**Responsabilidad de los árbitros**
Révision de la sentence	**Revisión del laudo (ver también «Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi»**)
S	
Sentence arbitrale	**Laudo**
Sentence arbitrale dans le cadre du Mercosur	**Laudos arbitrales en el Mercosur**
Sentence d'accord parties	**Laudo conciliatorio**
Sentence d'incompétence	**Laudo inhibitorio**
Sentence non exécutoire (Caractère non exécutoire de la sentence arbitrale)	Inejecutabilidad del laudo (ver **«Ejecución del laudo»**)
Sentence partielle	**Laudo parcial**
Séparabilité de la convention d'arbitrage	**Separabilidad del convenio arbitral (ver también «Autonomía de la cláusula arbitral»)**
Siège de l'arbitrage	**Sede del arbitraje**
Sociétés	Sociedades **(ver «Litigios societarios»**; **«Arbitraje societario»)**
Sources du droit de l'arbitrage	**Fuentes del Derecho Arbitral**

Sport	Deporte **(ver «Arbitraje deportivo»; «Corte de Arbitraje del Deporte»; «Tribunal de Arbitraje del Deporte»)**
Standard minimum de traitement des étrangers	Estándar mínimo de trato a los extranjeros **(ver «Trato justo y equitativo»)**
Subrogation (d'une partie) dans la convention d'arbitrage	**Subrogación de una parte (en el convenio arbitral)**
Système moniste *versus* système dualiste	**Sistema monista *versus* sistema dualista**
Système Solvit	**Sistema Solvit**
T	
Taxation fiscale	Tasación ver **«Arbitraje en las tasaciones periciales»**)
Télécommunications	Telecomunicaciones **(ver «Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones»)**
Témoignages ; Audition de témoins	**Declaración de testigo**
Témoin	**Testigo (ver también «Testigo de hechos»; «Declaración de testigo»; «Declaraciones escritas»**)
Témoin de faits	**Testigo de hechos**
Test *Salini*	***Test* de Salini**
Third party funding	*Third party funding* **(ver «Financiación de litigios»**)
Tiers intervenant	**Tercero interviniente**
Tiers non-signataires de la clause compromissoire	Terceros no firmantes de la cláusula arbitral **(ver «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes»**)
Traduction jurée	**Traducción jurada (traducción oficial)**
Traité Bilatéral d'Investissement (TBI ou BIT)	**Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri)**
Traité de double imposition	**Convenio de doble imposición**
Traités de libre-échange (l'arbitrage dans les)	**Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)**
Traité sur la Charte de l'Energie	**Tratado de la Carta de la Energía**
Traitement juste et équitable	**Trato Justo y Equitativo**
Transaction mettant fin à une procédure administrative	**Terminación convencional de los procedimientos administrativos**
Transmission de la clause arbitrale dans les chaînes de contrats	**Transmisión de la cláusula arbitral en las cadenas de contratos**
Transmission de la convention d'arbitrage par subrogation	**Subrogación de una parte (en el convenio arbitral)**
Transnationalisation du droit applicable	**Transnacionalización de la norma aplicable**
Transport terrestre	Transporte terrestre **(ver «Juntas Arbitrales de transporte terrestre»** y **«Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)»**)
Treaty claim	Ver «***Contract claims vs. treaty claims***»)

Treaty shopping	***Treaty shopping***
Tribunal arbitral	**Colegio arbitral** (tribunal arbitral)
Tribunal Arbitral de Barcelone (TAB)	**Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)**
Tribunal Arbitral de Valence (TAV)	**Tribunal Arbitral de Valencia (TAV)**
Tribunal arbitral du Secrétariat du *Commonwealth*	**Tribunal de Arbitraje de la Secretaría de la *Commonwealth***
Tribunal Arbitral du Sport (TAS)	**Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)**
Tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis	**Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU.**
Tribunal Permanent de Révision du Mercosur	**Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur**
Tribunal Supérieur de Justice (en Espagne)	**Tribunal Superior de Justicia (en España)**
Tribunaux arbitraux *ad hoc* dans le Mercosur	**Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur**
U	
Ultra petita/Infra petita/Extra petita	**Incongruencia del laudo**, **Extralimitación del laudo arbitral**
Us et coutumes en matière commerciale	**Usos y costumbres mercantiles**
V	
Vérification d'absence de conflit d'intérêts	***Conflict check***
Violation du droit d'être entendu	Indefensión **(ver «Orden público nacional»)**

Enciclopedia del Arbitraje
Segunda Parte
se terminó de imprimir en el mes de
junio del 2018, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú