

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD



**EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL: El problema
de la determinación de su contenido,
extensión y límites**

LICENCIADO

RONALD ENMANUEL CARDONA LÓPEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

**EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL:
El problema de la determinación de su contenido, extensión y límites**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

RONALD ENMANUEL CARDONA LÓPEZ

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRO EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

(Magíster Scientiae)

Guatemala, marzo de 2016



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 14 de agosto del año 2015.

Maestro
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Administrativo
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Maestro Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por este medio le informo que he revisado la realización de las enmiendas recomendadas al **Licenciado Ronald Enmanuel Cardona López** en el examen privado de su tesis de Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad, titulada **"EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: El problema de la determinación de su contenido, extensión y límites"** y es mi opinión que han sido realizadas de conformidad con lo recomendado por los integrantes de la Terna Examinadora, por lo que emito mi dictamen favorable a las enmiendas realizadas, para que, sujeto a su opinión, continúe con el trámite correspondiente.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'G' followed by several horizontal strokes and a vertical line extending upwards, all written over a horizontal line.

DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 28 de octubre de 2015

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL: El problema de la determinación de su
contenido, extensión y límites**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Ronald Enmanuel Cardona López, de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

GTA/gta.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, quince de marzo de dos mil dieciséis.-----

En vista de que el Lic. Ronald Enmanuel Cardona López, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad**, lo cual consta en el acta número 15-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: El problema de la determinación de su contenido, extensión y límites”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





ÍNDICE

Página

Introducción	i
--------------	---

CAPÍTULO I

1. El arbitraje	1
1.2 Definición	1
1.3 Naturaleza jurídica del arbitraje	3
1.4 Elementos esenciales	3
1.5 Clases de arbitraje	7
1.5.1 Internacional y doméstico	7
1.5.2 Arbitraje doméstico	10
1.5.3 Importancia de la distinción	10
1.5.4 Arbitraje en el país y en el extranjero	11
1.5.5 Institucional y <i>Ad Hoc</i>	14
1.5.6 Ventajas y desventajas	15
1.5.7 Contractual y jurisdiccional	16
1.5.8 De derecho y de amigables componedores	16
1.5.9 Voluntario y forzoso	17
1.6 Algunos arbitrajes especiales	17

CAPÍTULO II

2. El tribunal arbitral	19
2.1 El árbitro	19
2.1.1 Definición	19
2.2 Árbitro tercero y árbitros designados por una parte	19
2.3 Árbitro no neutral	21
2.4 Árbitro dirimente	22



2.5 Autoridad nominadora (appointing authority)	
2.6 Elección de los árbitros	
2.6.1 Regla general	25
2.6.2 Igualdad de posiciones	26
2.6.3 Ley aplicable	28
2.7 Arbitraje multiparte	28
2.8 Número de árbitros	31
2.9 Designación y confirmación de los árbitros	33
2.10 Arbitraje institucional	33
2.10.1 Propuesta del árbitro de parte	34
2.10.2 Omisión de la parte de proponer árbitro	35
2.10.3 Designación del árbitro tercero o del árbitro único	35
2.10.4 Confirmación de los árbitros	37
2.10.5 Designación en arbitrajes <i>ad hoc</i>	37
2.11 Nombramiento de los árbitros en el Reglamento UNCITRAL	38
2.12 Cuándo se considera constituido el tribunal arbitral	40
2.13 Capacidad para ser árbitro	40
2.13.1 En las fuentes internacionales	41
2.14 Otras condiciones exigidas para ser árbitro	41
2.15 Condiciones exigidas por las partes	42
2.16 Condiciones que deben reunir los árbitros	42
2.16.1 Independencia, imparcialidad, neutralidad	42
2.16.2 Distintos criterios sobre la independencia del árbitro	44
2.16.3 Independencia y obligación de revelar	45
2.16.4 Extensión de la obligación de revelar	46
2.16.5 La independencia y la obligación de revelar algunas circunstancias	47
2.17 Distinción entre independencia e imparcialidad	53
2.18 Efectos de la omisión de revelación	54
2.19 Otras condiciones que deben reunir los árbitros	55



CAPÍTULO III

3. Los principios generales del proceso arbitral	57
3.1 Carácter convencional del procedimiento arbitral	57
3.2 Reconocimiento del carácter convencional del procedimiento arbitral	58
3.3 Alcance de la autonomía de la voluntad: distinción entre <i>lex arbitri</i> y ley del procedimiento arbitral	59
3.4 Otros límites a la autonomía de la voluntad	62
3.5 La garantía del debido proceso	64
3.5.1 La garantía del debido proceso en los reglamentos arbitrales	65
3.6 El arbitraje y las convenciones internacionales de derechos humanos	67
3.7 Otros principios inderogables del proceso arbitral	68
3.8 El carácter convencional del Reglamento ICC	70
3.8.1 Principio general	70
3.8.2 Las leyes procesales locales	72
3.9 Otros reglamentos	73
3.10 Atribuciones de los árbitros	75
3.11 Enumeración	76
3.12 Algunas medidas que pueden hacer más eficaz el proceso	79
3.13 Disidencia entre los árbitros y las partes	80
3.14 Cambio de las reglas por las partes	82
3.15 Control del ejercicio de las atribuciones de los árbitros	82
3.16 Sede del arbitraje	84
3.16.1 Definición	84
3.17 Elección	86
3.18 Efectos de la elección de la sede	87
3.18.1 Importancia	87
3.18.2 Libertad de elección de los lugares para la celebración de los actos del procedimiento	88
3.19 Lugar del dictado del laudo	88
3.20 Control judicial del procedimiento	89



3.21 Determinación de la materia arbitrable	
3.22 Aplicación de ciertas leyes locales	
3.23 Aplicación de las disposiciones procesales imperativas	91
3.24 Imposibilidad de cambiar la sede por conveniencia de una de las partes	92
3.25 Ejecución del laudo	92
3.26 Idioma	93
3.27 Reglamento ICC	93
3.28 Elección de más de un idioma	94
3.29 Elección por el tribunal arbitral	95
3.30 Árbitros	95
3.31 Documentos y audiencias	96
3.32 Reglamento Uncitral	97
3.33 Otros reglamentos	98

CAPÍTULO IV

4. El acuerdo arbitral: naturaleza, características, autonomía	99
4.1 El acuerdo arbitral	99
4.1.1 Definición	99
4.1.2 La Convención de Nueva York	100
4.1.3 La ley modelo Uncitral	100
4.2 Elementos presentes en las definiciones anteriores	101
4.3 Distinción entre cláusula compromisoria y compromiso	101
4.4 La cuestión en las convenciones internacionales	103
4.5 Naturaleza jurídica del acuerdo arbitral	104
4.6 Autonomía del pacto arbitral	105
4.7 Efectos del acuerdo arbitral	107
4.8 Algunas hipótesis particulares	108
4.8.1 Novación del contrato principal	108
4.8.2 Rescisión o disolución del contrato	110
4.8.3 Inexistencia del contrato	114



4.9 Extensión del principio de autonomía: la ley aplicable al acuerdo principal	
4.9.1 La ley Suiza: El principio <i>in favor validitatis</i>	
4.10 Jurisprudencia francesa: la cláusula regida por si misma	116
4.11 El derecho inglés	117
4.12 La vinculación con el principio competencia/competencia	117
4.13 La autonomía en el Reglamento ICC	118
4.14 Interpretación: Reglas posibles	119
4.14.1 La interpretación <i>favor negotii</i>	120
4.14.2 La interpretación del alcance del acuerdo arbitral respecto del cual se sostiene que debe ser estricta	120

CAPÍTULO V

5. Contenido, eficacia, extensión y límites del acuerdo arbitral	121
5.1 Requisitos de eficacia	121
5.2 Consentimiento. Capacidad de las partes. <i>Quid</i> del Estado.	121
5.2.1 Formación del Contrato	121
5.2.2 Capacidad de hecho	122
5.2.3 Capacidad del Estado	123
5.2.4 Efectos de la existencia de capacidad	126
5.2.5 Representación	127
5.2.6 Objeto Lícito	127
5.3 La materia arbitral. Ley aplicable	128
5.3.1 La materia “comercial”	130
5.3.2 Algunas materias de dudosa arbitrabilidad	131
5.3.2.1 Cuestiones regidas por reglas de orden público	131
5.3.2.2 Derecho a la competencia	132
5.3.2.3 Patentes y marcas	133
5.3.2.4 Sociedades	133
5.3.2.5 Otras materias	134
5.4 Determinación de las relaciones jurídicas de las cuales surja la disputa	136



5.5 Naturaleza de las relaciones extracontractuales como materia del arbitraje	
5.6 Forma del acuerdo arbitral	
5.7 Forma en ciertos contratos	140
5.8 Los contratos por adhesión	142
5.9 La cláusula arbitral incorporada “por referencia”	142
5.10 La forma en el Reglamento ICC	144
5.11 Imposibilidad de controvertir la existencia del pacto arbitral habiendo participado del arbitraje	145
5.12 Efectos del acuerdo arbitral	146
5.13 Obligaciones de las partes	147
5.14 Efectos del contrato respecto de terceros	148
5.15 La distinta personalidad de las sociedades	149
5.16 Estipulación a favor de terceros	153
5.17 Circulación de la cláusula arbitral	154
5.18 Efectos de la cláusula arbitral en el Reglamento ICC	155
5.19 Contenido del acuerdo arbitral	156
5.20 La cláusula modelo del Reglamento ICC	159
5.21 Contenido recomendado	160
5.22 Cláusulas patológicas	161
CONCLUSIONES	167
BIBLIOGRAFÍA	169



INTRODUCCIÓN

El objetivo principal, así como la importancia y necesidad de la investigación realizada es la determinación tanto del contenido, como de la extensión y límites del contrato denominado “acuerdo arbitral”, para poder contribuir con un aporte nuevo o por lo menos con un nuevo enfoque, para la resolución de los problemas que surgen de lo elemental, lo insuficiente, la falta de claridad o la deficiente redacción de la cláusula arbitral o del compromiso arbitral (la distinción es doctrinaria pues en la práctica arbitral no incide, no obstante constituir distintos actos), y evitar los problemas que podrían de alguna forma, llevar al fracaso el intento de arbitraje o la reclamación arbitral contenida en el acuerdo.

En el mundo contemporáneo se asiste a una intensificación del comercio en el ámbito interno e internacional que ha llevado a los países a ajustarse a nuevos mecanismos de intercambio.

Los nuevos vientos económicos no admiten el aislamiento, favorecen el desarrollo de las transacciones internacionales que implican intercambio de bienes, servicios y personas.

La saturación de los tribunales de justicia estatales, así como el prolongado plazo de espera para la tramitación de los juicios sometidos a su competencia, hizo que los



comerciantes idearan el arbitraje como medio más eficiente, rápido y conveniente, para dirimir sus controversias.

Aún con el mejor sistema judicial estatal, el arbitraje sigue teniendo el valor intrínseco de una alternativa abierta a la libertad de quienes deseen recurrir a él.

Los méritos del arbitraje, su juridicidad y su conveniencia, son las razones de su sólida institucionalización en el plano nacional e internacional.

La posibilidad de un tribunal que brinde justicia accesible, rápida menos costosa o de costo previsible, inmediatez, idoneidad y confiabilidad, es deseable y posible por medio del arbitraje.

Existen varias teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, entre ellas la privatista o contractualista, la teoría jurisdiccional o procesal y la teoría intermedia o sincrética. No obstante ello, se ha llegado por integración casi unánime en la doctrina, de que el origen del arbitraje se encuentra en el contrato; y de que la denominada cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje o compromiso arbitral, posee la naturaleza jurídica de un contrato, por lo cual ya no existe mayor discusión al respecto.

En ese sentido, el concepto de la cláusula compromisoria o cláusula arbitral ha evolucionado hasta alcanzar la característica de autonomía, es decir, independencia de aquel contrato que la contiene o al que hace referencia.



De allí la importancia de su contenido, el cual, de acuerdo a su naturaleza contractual debería llenar ciertos recaudos, esenciales al mismo.

En la teoría contemporánea del arbitraje, han surgido variadas opiniones sobre cual debería ser el contenido de la cláusula de arbitraje, o por lo menos, cual debería ser el contenido esencial, para que pudiera admitirse tanto su existencia, como su validez.

Esto ha sido no solo objeto de variada discusión doctrinaria, sino también de variada jurisprudencia en el ámbito del arbitraje internacional, tanto que incluso la propia existencia y validez de la cláusula arbitral es sujeto de juzgamiento por el tribunal arbitral, si surgiera dicha disputa entre las partes.

El tribunal arbitral, por el principio de competencia/competencia, puede, dada su naturaleza y el hecho de que la disputa sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral surge del mismo contrato, declararse competente para conocer de dicha disputa y establecer en el procedimiento arbitral dicho extremo, por lo que, aún si se discutiera dicha circunstancia, debe someterse a arbitraje y sustraerse de la competencia de los tribunales estatales.

Esta prelación del tribunal arbitral incluso para decidir si existe o no cláusula arbitral, si esta es o no válida y si lo es, someter la disputa a arbitraje, ha sido reconocida internacionalmente por la mayor parte de tribunales, tanto estatales como arbitrales.



La validez del acuerdo arbitral, cuando forma parte de un contrato, se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

Si se prevé el arbitraje como instrumento de solución alternativa de la validez, cumplimiento y ejecución del contrato, es lógico que se presuma la independencia de esta cláusula.

Debemos destacar que los caracteres de autonomía de voluntad de las partes, conjuntamente con el principio de competencia/competencia, unida a la separabilidad de la validez del convenio arbitral, son todos elementos del arbitraje nacional e internacional.

De allí la importancia de establecer parámetros más o menos claros sobre la extensión y los límites del contenido de la cláusula arbitral, pues, contrariamente a lo que afirman algunos autores, este puede facilitar grandemente el trabajo del tribunal arbitral o hacerlo enormemente difícil y es necesario atender puntualmente los problemas que su determinación puede generar.

Es por ello, que se planteó como contribución teórica, el investigar este problema que puede ser de vital importancia cuando surgen conflictos dentro de un contrato que contenga un acuerdo arbitral o que exista un compromiso arbitral que esté referido al contrato principal.



En el Capítulo I se trata en general del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, su naturaleza jurídica, sus características, los principios que lo rigen y las clases de arbitraje.

En el Capítulo II, se desarrolla la institución del tribunal arbitral, la jurisdicción que ejerce y las limitantes a dicha jurisdicción como la ausencia de *coertio*, así como su integración.

En el Capítulo III se detallan y analizan con detenimiento, los principios generales del proceso arbitral y su aplicación.

En el Capítulo IV se plantea el problema de la prueba de la existencia del acuerdo arbitral.

En el Capítulo V se determinan las bases teóricas y prácticas del acuerdo arbitral o contrato arbitral, su naturaleza jurídica, sus características y la fundamentación de su autonomía.

En las conclusiones, se trata de arribar a proposiciones categóricas sobre cual debe ser el contenido de la cláusula arbitral y la extensión y límites del mismo.



CAPÍTULO I

1. El arbitraje

1.1 Definición

González De Cossío¹ manifiesta que “el arbitraje es la alternativa para las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia”. Esta definición es por la negativa y no contiene los elementos esenciales que caracterizan la institución.

Por su parte, Guasp² manifiesta que “el arbitraje es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero, a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”. Cabe agregar que tal decisión es final y obligatoria.

A esta definición puede agregarse que ello se hace bajo ciertas reglas convenidas por las partes y que en definitiva vienen a conformar un procedimiento, que aun cuando la fuente de este medio de resolución de conflictos es la voluntad de las partes, el Estado se reserva cierto control sobre él, estableciendo ciertos recursos que son irrenunciables, y que finalmente es inexorable acudir ante los jueces estatales para

¹ González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa. México. 2004. P.2.

² Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Editorial Bosch. Barcelona. 1956. P. 5.



obtener medidas de coerción, sea durante el procedimiento o para ejecutar el laudo que se haya dictado.

La Ley de Arbitraje de Guatemala, en el numeral 2 del artículo 4 define al arbitraje así: Arbitraje. Significa cualquier procedimiento arbitral con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

Las leyes y las convenciones internacionales no suelen definir al arbitraje, constituyen la excepción la Ley de Arbitraje de Guatemala y la de Colombia para la cual el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

Existe una doctrina que reconoce que los elementos del arbitraje que se consideran unánimemente reconocidos por los tribunales y autores son dos, así lo manifiestan Fouchard, Gaillard y Goldman³: *“La tarea de los árbitros es resolver una disputa; la fuente de esta función jurisdiccional es el contrato; el poder de los árbitros para resolver el conflicto proviene de la intención común de las partes; entonces, el arbitraje comprende un elemento jurisdiccional y un elemento contractual”*.

³ Fouchard, Fihilippe – Gaillard Emmanuel – Goldman B. *On international comercial arbitration*. Kluwer, Netherlands. 1999. P. 11



1.2 Naturaleza jurídica del arbitraje

El arbitraje tiene un origen convencional, pues para que una controversia pueda someterse a la decisión de árbitros es necesario que las partes lo acuerden. De modo que las partes deben haber celebrado un acuerdo arbitral, bajo la forma de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral, lo cual puede hacerse antes o después de nacido el conflicto.

En el origen del arbitraje se encuentra un contrato, por el cual las partes deciden que un conflicto existente o que pueda surgir en el futuro será decidido por árbitros. Y ese contrato es la fuente de poder de los árbitros para decidir la controversia.

Esta es la premisa fundamental sobre la cual se construye todo el sistema arbitral.

1.3 Elementos esenciales

Los elementos que caracterizan al arbitraje son los siguientes:

a) Es un método adversarial de resolución de conflictos:

Con el arbitraje las partes persiguen solucionar una controversia, cualquiera que sea su naturaleza. En algunos ordenamientos la disputa debe ser de derecho. En ese sentido,



manifiesta Espinosa⁴ que no constituiría propiamente un arbitraje el sometimiento a la decisión de un árbitro una cuestión de *hecho* (*el precio de una cosa, el monto de un perjuicio, el estado de cosas o lugares, la buena o mala realización de una obra*). Tal sucede en Francia, en donde el litigio que enfrenta a las partes debe ser entendido como *una oposición de intereses fundada sobre una pretensión jurídica*. La única limitación que existe al respecto es que el conflicto sea susceptible de ser sometido a arbitraje.

Truffat y Caivano⁵ manifiestan que: “En algunas legislaciones se regula el denominado *arbitraje pericial* respecto del cual se dice que constituye una forma de arbitraje de gran utilidad para resolver conflictos que versan sobre cuestiones de hecho”.

Se dice que el arbitraje es adversarial porque cada una de las partes plantea sus pretensiones y la función del tercero (el árbitro) es atribuir la razón a alguno de ellos por medio del laudo. Esto lo diferencia de otros métodos de resolución de conflictos como la mediación y la conciliación en los que el tercero ayuda a las partes a encontrar una solución que en definitiva ellas elaboran y consienten.

b) Es alternativo a los tribunales estatales:

⁴ Espinosa, Frabricio. *El contrato de arbitraje*. Editorial Legis. Bogotá. 2005. P. 5.

⁵ AD. Truffat y R Caivano. *El arbitraje pericial y los procesos concursales*. Editorial ED. Madrid. 1998. Pp. 183-147.



Pues las partes optan por someter la decisión a un particular, quien estará investido de la jurisdicción, pero no forma parte del poder judicial ni de ningún otro órgano estatal.

c) Es voluntario:

Rivera⁶, manifiesta que: “El sometimiento voluntario es quizá la característica esencial. El arbitraje es de característica esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes”.

La libertad de las partes para convenir la resolución de su disputa futura o actual por medio de un arbitraje comprende la de pactar la ley aplicable al fondo del asunto y de estipular el procedimiento, sea por referencia a una ley nacional (*que puede ser distinta de la ley del país sede del tribunal arbitral*) o por adhesión a un reglamento arbitral.

d) Difiere la solución a un tercero:

Caivano⁷ manifiesta que: “Se difiere la solución a un tercero: el árbitro, sujeto que debe permanecer independiente y neutral a las partes; ello comprende incluso a los denominados *árbitros de parte*, quienes deberían ser conocidos como *árbitros designados por las partes*”.

⁶ Rivera, Julio César. *Arbitraje y poder judicial. los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje*. Revista Internacional de Arbitraje. Bogotá. 1995. Pps. 29-30.

⁷ Caivano, Roque J. *Arbitraje*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000. P. 174.



Este tercero tiene la atribución de decidir el conflicto, es decir que ejerce la jurisdicción (aunque limitadamente porque no tiene poder de *imperio*).

e) Ese tercero es un particular:

No integra el poder judicial ni ningún otro poder del Estado, ni es un órgano u organismo público, aunque en algunos ordenamientos se impone el denominado arbitraje forzoso, en el cual la ley obliga a las partes al arbitraje y éste es administrado por órganos estatales que funcionan como verdaderos tribunales administrativos.

f) La decisión es final y obligatoria:

La decisión del árbitro es, en principio, final y obligatoria (artículo 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante ICC; y artículo 32.2 del Reglamento de Uncitral), con excepción de los recursos irrenunciables establecidos en los ordenamientos locales.

g) Para cuya ejecución ha de ocurrirse a los tribunales estatales:

Los árbitros ejercen la jurisdicción, sin embargo, no gozan de todos los atributos de la jurisdicción sino sólo de algunos. En concreto, los árbitros no tienen poder de coerción sobre las partes; ni mucho menos respecto de terceros que son ajenos al contrato que resulta ser la fuente de la jurisdicción arbitral.



Por ello tanto sea para la ejecución del laudo como para otras medidas que excoerción (como la adopción de medidas cautelares o ejecución de diligencias de prueba, etc.), los árbitros deben recurrir a un tribunal estatal que les sirve de apoyo.

1.5 Clases de arbitraje

1.5.1 Internacional y doméstico

En la Ley de Arbitraje de Guatemala, los criterios legales para definir la internacionalidad del arbitraje se encuentran descritos en el artículo 2; sin embargo no define los criterios para determinar cuándo un arbitraje es local o doméstico, por lo que *por argumento a contrario sensu*, deberíamos entender que si el arbitraje carece de dichos elementos, será doméstico.

La clasificación del arbitraje como internacional o doméstico, depende de la existencia o no de elementos de internacionalidad. Para individualizar estos elementos existen básicamente dos criterios: uno objetivo y el otro subjetivo.

El elemento objetivo consiste en calificar de internacional el arbitraje en que está comprendidos los intereses del comercio internacional, fórmula acuñada por la jurisprudencia francesa desde 1927, incorporada a su legislación y que exige determinar que son los intereses del comercio internacional.



Este criterio prescinde de toda consideración de la nacionalidad de las partes, del lugar donde se desarrolla el arbitraje y de la nacionalidad de los árbitros; así, un arbitraje puede ser doméstico aunque comprenda dos sociedades consideradas extranjeras en el lugar donde se desarrolla el arbitraje si el negocio que da lugar a la disputa se agota en el mercado interno y viceversa, puede ser calificado de internacional aun cuando las partes sean consideradas nacionales en el lugar en que el arbitraje se desarrolla si hay transferencia de bienes o servicios al extranjero.

Por ello la jurisprudencia francesa concluye que para definir el arbitraje como internacional, el Código Procesal Civil adopta un criterio exclusivamente económico, según el cual es suficiente que el conflicto sometido a arbitraje recaiga sobre una operación que no se desenvuelve exclusivamente en un Estado, aunque la definición del contenido de la expresión interés del comercio internacional puede ser infinitamente más compleja.

El criterio subjetivo toma en consideración la nacionalidad o el domicilio de las partes; este criterio aparece en el artículo 176 de la Ley suiza de derecho internacional privado, en tanto califica de internacional el arbitraje cuando las partes no tenían al momento de la celebración del convenio de arbitraje, su domicilio ni su residencia habitual en Suiza.

Otras corrientes tienden a la combinación de ambos criterios. Ello se advierte en la Convención Europea de 1961 en tanto dispone que se aplica a las disputas emanadas



del comercio internacional entre personas físicas o jurídicas que tengan residencia habitual en diferentes estados contratantes.

Claramente esta convención exige la concurrencia de ambos recaudos: que la cuestión esté causada en el comercio internacional y la residencia de las partes en países distintos.

El Código de Procedimientos italiano en el artículo 832 toma en consideración que la residencia o la sede efectiva de por lo menos una de las partes esté en el extranjero al tiempo del otorgamiento de la cláusula arbitral o que una parte sustancial de las prestaciones causadas en el contrato deben ser ejecutadas en el extranjero. En este caso los elementos de conexión son alternativos. En la misma orientación está la Ley Modelo Uncitral en sus artículos 1.3 y 1.4; misma que ha sido seguida en muchos países, por lo que su criterio objetivo-subjetivo se aplica en múltiples jurisdicciones, aunque algunas leyes locales se han hecho eco de las críticas.

Así Fouchard, Gaillard y Goldman⁸ señalan que: *“La elección del lugar de arbitraje depende enteramente de la voluntad de las partes, y que el hecho de que las partes hayan convenido expresamente en que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado nada indica, pues es también una manifestación de ellas que*

⁸ Fouchard, Gaillard y Goldman. Op. Cit. P. 52.



puede relevarse como falsa o inexacta, con lo cual estos dos elementos necesariamente indicativos de la internacionalidad del arbitraje”.

1.5.2 Arbitraje doméstico

De Herbón y De Cárdenas⁹ manifiestan que: “Un arbitraje es doméstico, interno o local, si no tiene elementos internacionales o esos elementos internacionales no son relevantes”.

1.5.3 Importancia de la distinción

La doctrina ha reivindicado la especificidad del arbitraje internacional que nace de: a) El hecho incontestable de que el arbitraje ha devenido el mecanismo ordinario de resolución de conflictos en el comercio internacional; b) Su génesis convencional; c) La conveniencia de pasar a un segundo plano los aspectos procesales y; d) La conveniencia de que se apoye en reglas materiales que respondan a las necesidades del comercio internacional.

Sobre la base de estos argumentos, se reclama una reglamentación específica para el arbitraje internacional, distinta de la regulación que exista para el arbitraje doméstico.

⁹ De Herbón, Leonardi H. y De Cárdenas, Feldstein S. *Arbitraje interno e internacional*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994. P. 54.



En definitiva, se afirma que el arbitraje internacional goza de autonomía, expresión que abarca la convención arbitral (que es autónoma respecto del contrato principal), el derecho aplicable (que puede ser un derecho elegido por las partes que no tenga vinculación con ninguna de ellas ni objetivamente con el contrato o aún un ordenamiento no estatal) y del procedimiento (que como tal no ha de ser interferido por los tribunales estatales). Autonomía que se explica dice un autor, por la existencia de un orden jurídico arbitral; el arbitraje comercial internacional es –en esta concepción– un completo sistema de justicia no asimilable a la justicia estatal.

Sin embargo, muchos países han venido adoptando leyes de arbitraje para el arbitraje doméstico e internacional en un mismo cuerpo, entre ellos, Guatemala.

La Ley Modelo Uncitral tiene por objeto reducir o eliminar los obstáculos creados por las leyes nacionales al arbitraje de las controversias comerciales internacionales, haciendo posible la realización de un arbitraje comercial internacional independiente de las normas locales que gobiernan la conducción de los procedimientos de arbitraje doméstico y ella es seguida por las legislaciones nacionales de muchos Estados, entre ellos también el de Guatemala.

1.5.4 Arbitraje en el país y en el extranjero

Otro criterio de distinción vinculado al anterior, pero no necesariamente idéntico, es el que se funda en el lugar donde el arbitraje está localizado, esto es, cuál es la sede del



tribunal arbitral. La importancia del tema radica en que, al menos como principio, el procedimiento arbitral está ligado a una ley nacional que por regla general es la del Estado en cuyo ámbito espacial se ha localizado el arbitraje, lo que comúnmente conocemos como la ley de la sede.

Oppetit¹⁰ señala que el arbitraje no se encuentra en *una zona de no derecho, sino que se encuentra sujeto a reglas de organización y de funcionamiento; además, las jurisdicciones arbitrales resuelven las controversias no mediante una gestión intuitiva, mística o subjetiva, sino basadas en normas de referencia*. Claro es que estas reglas conforman un conjunto normativo complejo por la diversidad de orígenes y naturaleza, así como por la dificultad de establecer entre ellas una jerarquía y una articulación (por ejemplo: el Código Civil de Québec regula el contrato de arbitraje; la Ley de Arbitraje de Guatemala regula lo que puede ser materia de arbitraje, los laudos extranjeros no pueden ejecutarse en un país en el cual el asunto no puede ser materia de arbitraje, etc.).

Este conjunto normativo es lo que se denomina *lex arbitri* o ley del arbitraje, y está formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales de arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho del país que, por su vinculación con el arbitraje concreto, determina la *lex arbitri*.

¹⁰ Oppetit, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Editorial PUF Legis. Colombia. 2006. Ps. 185 y ss.



Esta *lex arbitri* es, al menos en principio, la ley del país sede del arbitraje.

Vista la cuestión del lado opuesto, el alcance de las leyes nacionales se limita a los arbitrajes que tienen lugar en el territorio de ese Estado. El arbitraje localizado en el territorio de un Estado estará sujeto a la ley de otro Estado sólo en cuanto a: reconocimiento de los efectos del acuerdo de arbitraje, posibilidad de medidas cautelares y, reconocimiento y ejecución del laudo.

Como ejemplo: un arbitraje localizado en Guatemala estará alcanzado por la ley mexicana, si se pretendiera ejecutar el laudo en México, pues en este caso el juez mexicano recurrirá a su derecho interno para determinar si la materia es arbitrable y si el laudo reúne los requisitos para concederle la ejecución. Ello está autorizado por el Artículo V.2 de la Convención de Nueva York de 1958.

De lo anterior se deduce que la elección de la sede constituye un evento crucial en la vida del arbitraje, puede determinar la inserción de este en un ordenamiento jurídico que da sustento a la voluntad privada y al mismo tiempo la limita con sus reglas imperativas. En otras palabras, el arbitraje, aun internacional, se liga a determinado orden jurídico estatal que es el de la sede.



1.5.5 institucional y *ad hoc*

El arbitraje es *ad hoc* (o libre) cuando las partes en conflicto eligen libremente el tribunal, fijan las reglas del procedimiento al cual se han de sujetar, y prevén todo lo necesario para que el arbitraje pueda tener lugar. Nada obsta a que en un arbitraje *ad hoc* las partes decidan sujetarse a ciertas reglas establecidas, por ejemplo el reglamento de arbitraje Uncitral o las de la ICC (Cámara de Comercio Internacional), para lo cual pueden adecuar o sustituir disposiciones que supongan la intervención de la institución de la cual emanan estas reglas. Lo característico del arbitraje *ad hoc* es que no hay administración del arbitraje por ninguna institución.

Manifiesta Del Aguila¹¹ que: “El arbitraje es institucional cuando interviene una institución arbitral, que es elegida por las partes, se someten a las reglas establecidas por esa institución, la cual además participa en algunos aspectos del arbitraje o, como suele decirse, *administra el arbitraje*, por lo que a este tipo de arbitraje también se lo identifica como administrado”.

La función de la institución es intervenir en ciertas etapas y aspectos del arbitraje.

Así es común que la entidad administradora designe o confirme a los árbitros, fije ciertos plazos, ejerza control sobre algunos actos esenciales, fije costos

¹¹ Del Aguila Ruiz De Socomurcio, Pablo. *Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc. ¿he aquí el dilema?*. Revista Peruana de Arbitraje No. 1. Perú. 2005. Ps. 231 y ss.



administrativos, regule honorarios de los árbitros, y en general preste colaboración a las partes y árbitros para el correcto desarrollo del arbitraje.

Pero el laudo lo dictan los árbitros y no la entidad.

1.5.6 Ventajas y desventajas

Es imposible sostener que una clase de arbitraje es superior a la otra, pues ambos pueden tener ventajas e inconvenientes con relación a cada caso concreto.

En asuntos de poca significación económica y sin conexiones internacionales parece más razonable seguir un arbitraje *ad hoc*, que seguramente será más flexible y menos costoso.

Cuando existen conexiones internacionales, también puede recurrirse al arbitraje *ad hoc*, si las partes acuerdan reglas de gran difusión, como el reglamento uncitral.

Si el asunto es internacional, de cierta significación económica y el país sede no ofrece una legislación ágil, sería preferible establecer que las disputas se resuelvan por un arbitraje administrado.



Y si las partes provienen de diferentes países, y sobre todo de culturas jurídicas distintas, quizás lo más conveniente sería recurrir a una entidad nacional como la Corte de Arbitraje de la ICC.

1.5.7 Contractual y jurisdiccional

Alguna doctrina anuncia una distinción entre arbitraje contractual y jurisdiccional pero los contenidos no son necesariamente coincidentes entre los autores.

No obstante el arbitraje tiene por origen un contrato y resuelve una disputa entre partes distintas, en opinión de Caivano¹², no es arbitraje la encomienda hecha a un tercero para que encuentre una solución a disensos internos que la paralizan, allí no existe contrato que de origen al arbitraje.

1.5.8 De derecho y de amigables componedores

El arbitraje es de derecho cuando los árbitros deben aplicar el derecho conforme a la ley de fondo y de forma que resulte aplicable al procedimiento y a la sustancia de la controversia. Caivano¹³ señala que en estos casos, aunque la ley no lo exige, los árbitros deben ser Abogados.

¹² Caivano, Roque. Op.Cit. P. 69.

¹³ Caivano, Roque. Op. Cit. P. 72.



El arbitraje de amigables componedores o arbitradores que ha sido definido como procedimiento arbitral informal, también denominado arbitraje libre o no ritual, en el cual los árbitros no aplican el derecho vigente sino que deciden según su leal saber y entender, y sin sujetarse a formas legales.

1.5.9 voluntario y forzoso

Uno de los elementos esenciales del arbitraje es su fuente convencional, esto es, el arbitraje existe porque las partes lo quieren y pactan someterse a la decisión de un tercero neutral. De este modo el arbitraje es una institución que está anclada en la libertad contractual, de manera que el arbitraje así pactado es voluntario.

El arbitraje forzoso está incluido en algunos ordenamientos, cuya naturaleza de la calificación de arbitraje ha sido seriamente cuestionada.

1.6 Algunos arbitrajes especiales

El arbitraje del CIADI (de protección de inversiones instrumentado en el convenio de Washington de 1965 que crea un centro de arbitraje del Banco Mundial –CIADI-). En este caso, los inversores privados pueden demandar a un Estado nacional en un foro no estatal. Tratados de derecho internacional público sirven de base a un arbitraje en el que se resolverán cuestiones sobre reglas de derecho que no son de derecho



internacional público, y en gran medida los tribunales arbitrales deberán interpretar y aplicar el derecho estatal interno.

El arbitraje de consumo que se ha considerado una paradoja, ha tenido aceptación en el sentido que se tiene como una herramienta eficaz para que los consumidores obtengan una satisfacción rápida y adecuada a sus reclamaciones contra los proveedores de bienes o servicios.



CAPÍTULO II

2. El tribunal arbitral

2.1. El árbitro

2.1.1 Definición

Señala Caivano¹⁴ que “El árbitro es la persona designada para resolver el conflicto sometido a arbitraje. Puede tratarse de un árbitro unipersonal o de un tribunal arbitral compuesto por más de un árbitro. Como se verá más adelante, normalmente el tribunal está compuesto por tres árbitros, pero ésa no es una regla inflexible y existen modalidades variadas”.

2.2 Árbitro tercero y árbitros designados por una parte

Uno de los métodos más frecuentemente utilizado para la constitución de un tribunal arbitral, consiste en que cada una de las partes de la controversia designe un árbitro, llamado árbitro de parte; y que las partes, los árbitros o un tercero designen al restante árbitro, llamado árbitro tercero.

¹⁴ Caivano Roque J.. Op. Cit. P. 76.



Es preciso subrayar que el árbitro de parte es un árbitro que debe satisfacer todas las condiciones de tal, luego veremos detalladamente, y que, en lo esencial, consisten en ser independiente e imparcial, y mantenerse como tal.

De todos modos, cabe reconocer que en la práctica del arbitraje es común utilizar la expresión árbitro de parte o referirse a este como su árbitro, aunque tal práctica haya sido calificada de deplorable. Por ello es acertada la reflexión de Roque Caivano¹⁵, quien afirma que mejor que árbitro de parte es aludir al árbitro designado por la parte, pues en manera alguna existe una relación que imponga al árbitro una suerte de lealtad con aquel que lo designó o lo propuso para ser designado.

El árbitro tercero actúa normalmente como presidente del tribunal y, como se estudiará en su oportunidad al tratar el procedimiento arbitral, puede emitir ciertas decisiones sin el concierto de los árbitros de parte.

¹⁵ Caivano Roque J. Op. Cit. P. 84.



2.3 Árbitro no neutral

Manifiesta Barragán Arango¹⁶ que: “En la práctica del arbitraje en los Estados Unidos de América se conoce al denominado *non-neutral arbitrator* conocido en francés como *arbitre-partisan*, *arbitre-partie* o *arbitre non-neutre*. Se trata de un árbitro que no es independiente de la parte que lo designa y así es exteriorizado y aceptado por la otra parte que, naturalmente, designa también un árbitro no neutral.”

Se explica en la doctrina que esta práctica nace de la constatación empírica de que las partes tienden a elegir árbitro a quien combine siempre “*the maximum predisposition consistent with the minimum, appearance of bias*” y, como se decía, está aceptada en la práctica norteamericana, en el derecho interno y en la jurisprudencia de ese país a partir del caso “Astoria” y aunque es rechazada por la jurisprudencia de los tribunales federales, estos han reconocido en los arbitrajes con múltiples partes que cada una de ellas tiene “derecho” a su propio representante.

Los tribunales americanos han encontrado la justificación del árbitro no neutral simplemente en el hecho de considerar que sí lo es el tribunal tripartito con dos árbitros

¹⁶ Barragán Arango, Luis Alfredo. *El arbitraje en estados unidos*. Editorial Herrera Mercado. Colombia. 2007. P. 353.



no neutrales y un presidente, porque los intereses de cada parte se contrabalancean. La decisión final es, en definitiva, tomada por el árbitro presidente.

Es debatido si el “árbitro no neutral” puede ser designado en un arbitraje bajo las reglas ICC, aunque se apunta con buen criterio que hay que tener en consideración que muchas leyes hacen irrenunciable el requisito de independencia de los árbitros, por lo que, además, habrá de ponderarse si la ley del lugar donde se celebre el arbitraje y la ley del lugar donde haya de ejecutarse el laudo, autorizan o no tal renuncia; amén de que puede concluirse que en la práctica del arbitraje internacional se afianza la exigencia de la independencia de todos los árbitros.

2.4 Árbitro dirimente

Se denomina árbitro dirimente a aquel que se limita a resolver las cuestiones en las cuales los otros árbitros no se han puesto de acuerdo.

La competencia del árbitro dirimente es limitada. Se reduce a dar su voto dentro de los límites de la disidencia de los árbitros. Por ello, se ha resuelto que el árbitro tercero para el caso de discordia debe dirimirla dentro de los límites máximo y mínimo del



desacuerdo; en consecuencia, es nulo el laudo que fija una cantidad inferior al término menor de la discordia.

Manifiesta Cobas¹⁷ que: “En la misma orientación un tribunal de grado resolvió que *“si en la cláusula compromisoria se estipula que para el caso de desacuerdo nombrarán ellos mismos un tercero, debe entenderse que éste deberá intervenir únicamente para decidir las cuestiones en que aquéllos se expidan en distintos sentidos. Excede los límites de su función el árbitro tercero que no se circunscribe a dirimir las discordias existentes entre los dos árbitros, sino que se erige en juez único del litigio trayendo soluciones distintas a las auspiciadas por éstos”*.

Es muy importante tener en cuenta que la ICC considera que el sistema de árbitro dirimente o árbitro juez es incompatible con su reglamento pues divide el proceso en etapas.

¹⁷ Cobas, Manuel. *Métodos alternos de resolución de conflictos*. ARBITRAJE. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2002. P. 65.



2.5 Autoridad nominadora (*appointing authority*)

La autoridad nominadora es la entidad encargada de nombrar al árbitro único que ha de resolver una controversia o al árbitro tercero que integrará un tribunal arbitral.

La posibilidad de que las partes sometan la designación del árbitro a una autoridad nominadora está prevista expresamente en el Reglamento de Arbitraje Uncitral (arts. 6 a 8).

La autoridad nominadora puede ser elegida por las partes de común acuerdo, y, en este sentido, es común que se indique una persona en concreto, a quien desempeña un cargo o autoridad (el presidente del Colegio de Abogados, el decano de la Facultad de Derecho), o a una institución (el Colegio de Abogados, la ICC).

La ICC ha expedido las *Rules of ICC as Appointing Authority*, que están en vigor desde el 1/1/1994; la versión actual rige desde el 1/1/2004. En su versión original la ICC preveía actuar como entidad nominadora sólo en arbitrajes seguidos bajo el Reglamento uncitral. Las vigentes, en cambio, comprenden tanto a los seguidos bajo esas reglas uncitral como cualquier otro arbitraje ad hoc en el cual la ICC haya sido elegida como autoridad nominadora.



Es conveniente asegurarse que la autoridad designada esté dispuesta a hacer la designación. Para el caso de que la autoridad nominadora no quiera designar al árbitro único, el Reglamento Uncitral dispone que cualquiera de las partes puede solicitar al secretario general del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora.

En Guatemala, el nombramiento de los árbitros, la determinación de su número, su identidad y su nacionalidad (con excepción de lo establecido en el artículo 14) puede ser determinada libremente por los árbitros (arts. 13 y 15 Ley de Arbitraje) únicamente cuando no se pongan de acuerdo, la designación se hará por un tribunal estatal.

2.6 Elección de los árbitros

2.6.1 Regla general

En materia de elección de los árbitros la regla general es que ella está sujeta a la libre voluntad de las partes, como lo indican las convenciones de Nueva York de Panamá y ello se predica respecto del número, la identidad y el método de designación de quienes efectivamente ejercerán la función de árbitros.



Esta libertad hace a la esencia del procedimiento arbitral, cuya primera característica es la posibilidad de elegir el juez que ha de juzgar.

Por lo tanto, las partes pueden convenir que la controversia sea resuelta por un árbitro único o por un tribunal compuesto por tres árbitros o por otro número, así como que actúen dos árbitros y un tercero dirima solo las cuestiones sobre las que los otros no acuerden, etc. Del mismo modo, las partes pueden elegir cada una "su" árbitro y delegar la designación del tercero en esos mismos árbitros, en otra persona o en alguna institución que actuará como *appointing authority*. También pueden delegar la designación de todos los árbitros.

2.6.2 Igualdad de posibilidades

Lo relevante es que se respete el principio de igualdad de las partes, de modo que todas tengan la misma posibilidad de elegir árbitros o participar del procedimiento de selección. Este principio aparece reflejado en la ley belga, que siendo muy liberal en cuanto a la elección del número de árbitros y de las personas que han de desempeñar tal función, establece un límite al disponer que la convención no es válida si confiere a una de las partes una situación privilegiada en la elección del árbitro o de los árbitros. Es más, el no respeto del principio de igualdad puede causar el rechazo del *exequatur* del laudo o su nulidad.



Se considera que violan la regla de igualdad las cláusulas que remiten al arbitraje a una cámara profesional u organizaciones sectoriales de las cuales solo una de las partes es miembro.

De todos modos, como puede no llegarse al acuerdo para la designación de los árbitros porque alguna de las partes rehúse colaborar en ello o porque las partes no consiguen consensuar en ciertos aspectos, las fuentes internacionales, las leyes locales y los reglamentos de arbitraje contienen previsiones destinadas a asegurar la integración del Tribunal Arbitral. En tal caso no hay violación del principio de igualdad.

Conforme con este criterio, los tribunales franceses no han encontrado violación del principio de igualdad en la constitución de un tribunal arbitral hecha bajo la ley inglesa, conforme a la cual si una de las partes no designa a “su” árbitro, el propuesto por la otra actúa como árbitro único.

Otra hipótesis particular es que las partes hayan pactado que ante el silencio de una de ellas el designado por la otra actuará como árbitro único. Tal estipulación debe considerarse válida, pues, como sostiene González de Cossío¹⁸, si una de las partes

¹⁸ González De Cossío, Francisco. Op. Cit. P. 135.



sabe cuál es el efecto de su silencio, él debe ser entendido como aceptación de la propuesta.

2.6.3 Ley aplicable

Una cuestión inicial es la determinación de la ley aplicable al régimen de elección de los árbitros.

Las partes pueden haber elegido una ley que rijan toda la convención de arbitraje y ello abarca la designación de los árbitros.

En defecto de esa elección, la Convención de Nueva York opta por la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje.

2.7 Arbitraje multiparte

Si bien la regla general es la libertad de las partes para determinar el método de elección de los árbitros o, lisa y llanamente, su individualización, ciertas reglas deben preservarse. La especial es que todas las partes que participen de un arbitraje tengan



la misma posibilidad de elegir árbitro o participar de esa elección de acuerdo con lo se haya estipulado.

Ahora bien, ciertos casos requieren alguna contemplación especial. Uno de esos casos es el arbitraje multiparte, esto es, cuando actúan más de una parte como actores o demandados. En estos casos la cuestión es si cada uno de los sujetos que actúan como actores o demandados tiene “derecho a un árbitro”.

El Reglamento ICC dispone en el artículo 10: 1. Si hay varias partes demandantes o demandadas, y la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, los demandantes, conjuntamente, y los demandados, conjuntamente, deberán designar un árbitro. 2. A falta de designación conjunta y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el Tribunal Arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo. 9.

El tema llegó a conocimiento de los tribunales judiciales franceses en el caso “Dutco”; se trataba de un contrato en que intervenían tres partes y había una cláusula de



arbitraje ICC; una de las partes demandó a las otras, quienes fueron requeridas por ICC para que designaran un árbitro. Las dos demandadas cuestionaron esto alegando que sus diferencias de intereses les impedían designar un único árbitro. Ante esta situación y aplicando el Reglamento de Arbitraje ICC, la Corte Internacional de Arbitraje designó al árbitro de las demandadas. Dictado el laudo, se planteó la nulidad ante los tribunales franceses, siendo rechazada por la Corte de Apelaciones pero admitida por la casación con el argumento de que el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros es de orden público y no puede ser renunciado.

En este caso, como en otros que se han planteado, existía un solo arbitraje y las partes estaban ligadas por un único contrato. Una hipótesis distinta es que las partes estén ligadas por distintos contratos o que existan múltiples procesos arbitrales, lo que genera la posibilidad de decisiones contradictorias. Sin embargo, en el ámbito arbitral no existe nada semejante a la acumulación de procesos aunque, como algunas legislaciones estatales prevén una solución semejante y el Reglamento ICC prevé la acumulación de demandas a un proceso arbitral ya iniciado entre las mismas partes, amén de que existe una forma empírica de resolverla que es la designación de los mismos árbitros para los distintos procesos arbitrales; claro es que ello depende exclusivamente de la voluntad de las partes.



En Guatemala, la Ley de Arbitraje no se manifiesta sobre el arbitraje multiparte y admite los incidentes de acumulación.

2.8 Número de árbitros

Las partes pueden determinar el número de árbitros. La práctica indica que en la mayor parte de los casos se prevé la designación de uno o tres árbitros. Inclusive algunas legislaciones prohíben la designación de árbitros en número par (como el código de procedimientos francés, para los arbitrajes domésticos; igual las leyes de Bélgica, Italia, Holanda y Portugal) y algunas fuentes internacionales también limitan la opción; en otros países, como Inglaterra, es en cambio frecuente que los arbitrajes se desarrollen con dos árbitros, siendo así presumido cuando la convención se ha limitado a exigir la intervención de “árbitros” sin especificar su número. De todos modos, la convención arbitral que prevea un número par no sería nula frente a una legislación local aplicable que exigiera el número impar; simplemente debería adecuarse el número de árbitros a esa legislación.

Tanto la Ley Modelo Uncitral como el Reglamento Uncitral prevén que en caso de silencio de la convención de las partes, la disputa será decidida por tres árbitros.



El Reglamento ICC establece que las controversias deben ser resueltas por un árbitro único o por tres árbitros; pero ello puede ser dejado de lado por las partes. De todos modos, es excepcional que se integren tribunales con un número mayor de tres.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el número de árbitros, la corte nombrará un árbitro único, a menos que considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros. En este caso cada parte contará con un plazo para la designación del árbitro “de parte”.

A pesar de la letra del reglamento, Derains y Schwartz¹⁹, señalan que la preferencia de la corte es designar tres árbitros, por ser esa la práctica más seguida, especialmente en los arbitrajes internacionales, en los que las partes prefieren tener un árbitro de la misma nacionalidad y, por lo tanto, experto en su legislación y práctica, aunque no deja de tomarse en consideración que el tribunal colegiado demora el trámite e incrementa los costos.

¹⁹ Derains, Yves y Schwartz Eric A. *El nuevo reglamento de arbitraje de la cámara de comercio internacional. guía de arbitraje comercial internacional*. Editorial Oxford. México. 2001. P. 234.



En Guatemala, la Ley de Arbitraje establece que a falta de acuerdo los árbitros serán tres, salvo que el monto en controversia no exceda de Q 50,000.00, en cuyo caso, a falta de acuerdo, el árbitro será uno.

2.9 Designación y confirmación de los árbitros

El tema de la designación de los árbitros puede diferir sustancialmente según el arbitraje sea institucional o *ad hoc*, aunque, en principio, las partes gozan de una amplia libertad para elegir a las personas que han de actuar o para diseñar el procedimiento de elección, pudiendo incluso modificar el sistema previsto en el reglamento de arbitraje al cual se someten.

2.10 Arbitraje institucional

El Reglamento ICC contiene varias disposiciones relativas a la integración del Tribunal Arbitral.



2.10.1 Propuesta del árbitro de parte

El reglamento dispone que la demanda de arbitraje deberá contener toda indicación pertinente con relación al número de árbitros y su selección de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10, así como la designación de los árbitros que en ellos se requiera. La contestación de demanda debe contener cualesquiera comentarios con relación al número de árbitros y su elección a la luz de las propuestas formuladas por la demandante y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10, así como la designación de árbitro que en ellos se requiera.

La propuesta del árbitro de parte no está sometida a requisitos especiales; las partes son libres de proponer a quien le plazca, no debiendo elegir de ninguna lista o panel previamente establecido.

Pero, el árbitro propuesto por la parte deberá satisfacer ciertos requisitos, en particular el de independencia y en función de la declaración de independencia que haya presentado y los comentarios u observaciones que pudiera haber hecho la parte contraria a la que lo propuso, la corte confirmará o no al propuesto.



De modo que, en realidad, la parte no designa al árbitro, sino que lo propone o nombra y es la corte quien lo confirma, o en ciertas circunstancias el secretario.

2.10.2 Omisión de la parte de proponer árbitro

Si alguna de las partes omite proponer un árbitro, él será designado por la Corte. En este caso el nombramiento debe hacerse con base en una propuesta que al efecto solicitará al Comité Nacional de la ICC del país del cual dicha parte es nacional. En caso de no aceptar la Corte la propuesta o que ésta no se haga en tiempo oportuno, la Corte puede designar a quien considere apropiado.

2.10.3 Designación del árbitro tercero o del árbitro único

La designación del árbitro tercero la hace la corte, salvo que otra cosa hayan pactado las partes.

De modo que las partes pueden convenir que los árbitros de parte propongan un árbitro tercero o que sea propuesto por una *appointing authority*; también se conocen casos en



que se ha deferido la proposición al presidente de la ICC, al presidente o al secretario de la Corte Internacional de Arbitraje.

Todas estas previsiones son válidas, pero queda claro que cualquiera que sea el procedimiento adoptado, el árbitro tercero debe ser confirmado por la corte o el secretario, en su caso.

En los casos en que incumbe a la corte el nombramiento de un árbitro único o del presidente de un tribunal arbitral, deberá efectuar dicho nombramiento con base en una propuesta que al efecto solicitará a un Comité Nacional de la ICC que considere apropiado. De no aceptar la corte dicha propuesta, o si el Comité Nacional no presenta la propuesta solicitada en el plazo fijado por la corte, ésta puede reiterar la solicitud o solicitar una propuesta a otro comité nacional que considere apropiado.

La corte también podrá elegir al árbitro único dentro de los nacionales de un país en el que no se haya constituido un comité nacional siempre que ninguna de las partes se oponga a ello dentro del plazo fijado por la corte. En estos casos el árbitro será de una nacionalidad distinta a la de las partes, salvo que las circunstancias particulares aconsejen nombrar un árbitro de la misma nacionalidad de alguna de ellas siempre que no medie oposición de ninguna de las partes.



2.10.4 Confirmación de los árbitros

El Artículo 9 del Reglamento ICC establece el sistema de confirmación. Conforme al inciso 1: Al nombrar o confirmar un árbitro, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento.

Estas consideraciones acerca de la nacionalidad, residencia, disponibilidad y aptitud hacen a las condiciones que deben reunir los árbitros. El secretario general puede confirmar como árbitros a las personas designadas por las partes, o de acuerdo con el método que ellas hayan establecido, que hayan suscrito su declaración de independencia sin reservas o aunque con reservas si no han motivado observaciones de las partes.

2.10.5 Designación en arbitrajes *ad hoc*

En arbitrajes *ad hoc* las partes tienen la más absoluta libertad para elegir árbitros, pero bien puede suceder que las partes no colaboren proponiendo árbitro de parte, omitan



participar de la elección del árbitro tercero o de cualquier otro modo traten de obstaculizar la integración del tribunal arbitral.

Para esas hipótesis las legislaciones nacionales prevén soluciones, lo mismo que algunas fuentes internacionales.

2.11 Nombramiento de los árbitros en el Reglamento Uncitral

Si el arbitraje se somete a las Reglas Uncitral, su artículo 6, establece el mecanismo para nombrar árbitro único; la disposición, bastante compleja, termina en que, a falta de acuerdo, designa una autoridad nominadora; y si las partes no hubiesen acordado en una autoridad nominadora o esta no cumpliera con el encargo, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora, la que entonces procederá a nombrar el árbitro de acuerdo con un sistema de lista propuesta a cada una de las partes, que éstas deben restituir habiendo eliminado a los objetados y colocado los demás en un orden de preferencia. Finalmente, si nada de esto funciona, la autoridad nominadora designa a su discreción.



Si el arbitraje debe ser resuelto por un tribunal compuesto por tres árbitros, cada una de las partes designa un árbitro y los dos árbitros eligen al tercero que ejercerá las funciones de presidente del tribunal. Si una de las partes no elige a “su” árbitro, la otra puede dirigirse a la autoridad nominadora para que lo haga; si no hay una autoridad nominadora designada, se puede recurrir al secretario general del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya para que identifique una autoridad nominadora, la que designará al segundo árbitro según su discreción. Si los dos árbitros ya designados no se ponen de acuerdo en la elección del árbitro presidente, será designado por la autoridad nominadora.

Como se ve, es un procedimiento que persigue garantizar adecuadamente la participación de ambas partes en la elección de los miembros del tribunal, pero que puede resultar tortuoso si una de las partes intenta obstruir su integración.

En Guatemala, la Ley de Arbitraje establece que a falta de acuerdo u omisión de alguna de las partes, es el Juez de Primera Instancia Civil y Mercantil quien designa al árbitro, a petición de cualquiera de las partes.



2.12 Cuándo se considera constituido el tribunal arbitral

El tribunal arbitral se considera constituido cuando acepta su designación el último de los árbitros designados, aunque en el Reglamento ICC debe sostenerse que es a partir de la confirmación de estos.

2.13 Capacidad para ser árbitro

Las partes gozan de una gran libertad en materia de elección de los árbitros. Pero obviamente la designación debe recaer en personas capaces (en el sentido jurídico de gozar de capacidad de hecho y de derecho) y que satisfagan ciertos requisitos que aseguren su independencia, imparcialidad, neutralidad, disponibilidad para atender el arbitraje, etc.



2.13.1 En las fuentes internacionales

Manifiesta Guasp²⁰, que: *“Las fuentes internacionales no hacen referencia a la exigencia de capacidad civil de los árbitros; de todos modos, como ellos quedan vinculados a las partes por un contrato, han de tener la capacidad para celebrar ese contrato”*.

La Ley de Arbitraje de Guatemala en su Artículo 14 establece que podrán ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno goce de sus derechos civiles.

2.14 Otras condiciones exigidas para ser árbitro: sexo, religión.

Manifiesta Rivera²¹, que la elección de mujeres puede resultar una complicación para la validez o ejecución del laudo en algunos países musulmanes, con lo cual hay que atender cuidadosamente a la legislación local.

También en algunos países islámicos puede llegar a exigirse que los árbitros sean

²⁰ Guasp, Jaime. Op. Cit. P. 124.

²¹ Rivera, J.C. Op. Cit. P. 131.



musulmanes o, por lo menos, que una parte que profese esa religión tenga un árbitro que también pertenezca al culto.

2.15 Condiciones exigidas por las partes

Las partes pueden convenir que los árbitros reúnan determinados requisitos de nacionalidad, manejo de lenguas, experiencia judicial o como árbitros, una formación determinada, actuación en ciertos ámbitos empresarios, etc. Y también pueden convenir la exclusión de grupos de personas; por ejemplo, pueden estipular que el árbitro no sea paraguayo, que no sea abogado.

2.16 Condiciones que deben reunir los árbitros

2.16.1 Independencia, imparcialidad, neutralidad

Se suele señalar en la doctrina que los árbitros deben ser independientes de las partes (y permanecer así durante el arbitraje), imparciales y neutrales.

La independencia, que es de la esencia de la jurisdicción como suele apuntar enfáticamente la jurisprudencia francesa, es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Es



independiente el árbitro que carece de vínculos próximos, sustanciales y recientes con las partes.

La imparcialidad es un criterio subjetivo y difícil de verificar, con el cual se pretende describir la ausencia de preferencia del árbitro por la posición de una de las partes.

La neutralidad es definida como una cierta distancia que el árbitro toma respecto de su cultura jurídica, política y religiosa, una superación de sus propias tradiciones, una apertura intelectual a otros modos de pensar. En otras palabras, se dice que implica la misma distancia cultural entre las partes.

Señala González de Cossío²² que más que un requisito es una preferencia que adoptan ciertos reglamentos arbitrales para que el árbitro único o presidente del tribunal reúna una condición adicional a la de independencia e imparcialidad, buscando que ninguna de las partes cuente con una ventaja estratégica ante la otra de poder comunicarse en sus propios términos (tanto jurídicos como culturales) con uno de los miembros del tribunal. Por ello, cuando las partes de un arbitraje son nacionales de distintos países, las instituciones administradoras de arbitrajes suelen designar a un árbitro nacional de un tercer país.

²² González De Cossío, Francisco. Op. Cit. P. 85.



2.16.2 Distintos criterios sobre la independencia del árbitro

La cuestión de la independencia del árbitro es sumamente compleja, pues como ya se ha señalado, los pragmáticos del arbitraje señalan con toda claridad que las partes eligen como árbitros a aquellos profesionales que tengan una razonable predisposición hacia el caso. Por lo que es bastante común que haya conversaciones en las que la parte o sus abogados informan al posible árbitro sobre el conflicto y el punto complejo es hasta dónde puede el árbitro anticipar alguna impresión sobre el caso. De allí que en la legislación comparada se reflejen estos criterios.

Algunas legislaciones consideran absolutamente inderogable el principio de independencia, mientras que otras aceptan el árbitro no independiente y un tercer grupo lo relativiza. En este último grupo es ejemplo el derecho suizo, en el que se entiende que los árbitros designados por las partes deben ser independientes, pero el árbitro tercero debe serlo aún más lo cual introduce la idea de que la independencia de los árbitros es variable o que no a todos se aplica el mismo rigor en la apreciación de su independencia.

Sin embargo, se aprecia una tendencia clara en el sentido de exigir la independencia del árbitro como una condición de credibilidad del arbitraje y casi el abandono de la



práctica del árbitro no neutral, al menos en el arbitraje internacional; tanto que se afirma que esta exigencia haría parte de los principios generales del derecho comercial internacional.

Lo mismo sucede con los reglamentos de arbitraje y reglas éticas para los árbitros, pues el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de la AAA y de la ABA 1/1977 autorizaba expresamente el árbitro no independiente; cabe señalar que el Reglamento de Arbitraje de la AAA de 1997 ya no acepta el árbitro no independiente en los arbitrajes internacionales.

2.16.3 Independencia y obligación de revelar

Dice Clay²³ que la independencia procede de la elección; y la elección del propio juez es precisamente la primera característica específica del arbitraje. Ahora bien, tal elección debe ser esclarecida, esto es, hecha teniendo conocimiento de todas las circunstancias que pueden afectar la independencia del árbitro a proponer.

²³ Clay, Thomas. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis. 2005. P. 58.



De allí deriva una de las obligaciones principales del árbitro, la de revelar los hechos que pudieran afectar su independencia, tanto los anteriores a la designación como aquellos sobrevinientes.

De todos modos, esto no es más que la puerta de acceso a uno de los temas más escabrosos, cual es la determinación de qué hechos deben revelarse y cuáles son relevantes para fundar una no confirmación o una recusación. Como apunta Clay, la cuestión no es la existencia de la obligación de revelación, sino cuál es su extensión.

2.16.4 Extensión de la obligación de revelar

La Ley Modelo Uncitral establece en su Artículo 12.1: La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.



La expresión tan genérica de la Ley Modelo Uncitrl ha sido adoptada por las legislaciones que la han seguido, pero ella requiere ciertas precisiones que derivan de la práctica, de la doctrina y de las decisiones de tribunales judiciales.

Ello ha tratado de hacerse por medios de la *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

2.16.5 La independencia y la obligación de revelar algunas circunstancias

a) En el reglamento ICC

El Reglamento de la ICC dispone que todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes, en el arbitraje, por lo que antes de su nombramiento o confirmación debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, debiendo comunicar inmediatamente y por escrito, tanto a la secretaría como a las partes, cualquier hecho o circunstancia similar que pudieren surgir durante el arbitraje.

La circunstancia de que el reglamento no aluda a la imparcialidad no quiere decir que



esta no sea un requisito. Pero lo que la Corte de la ICC puede juzgar es su independencia en tanto su apreciación se hace en función de circunstancias objetivas.

El propuesto para árbitro debe proporcionar información sobre las relaciones que ha tenido con las partes, tanto con la que lo propuso como con la otra u otras, que pudieran razonablemente poner en duda su independencia desde el punto de vista de las partes; se ha dicho que esto exige al árbitro un esfuerzo mental para considerar la manera en que las partes contemplan los hechos y las circunstancias específicas.

Por lo tanto, el árbitro debe informar las relaciones que pueda haber tenido como abogado, empleado, director o socio de alguna de las partes, así como los vínculos que pudiere tener o haber tenido el estudio del cual forma parte. También puede resultar importante la revelación de relaciones con los abogados de las partes.

También debe informar si ha sido árbitro nominado por alguna de las partes en un arbitraje anterior entre las mismas partes o por razón del mismo negocio o materia que da lugar al arbitraje; o que ha sido nominado por la parte en otros arbitrajes. Lo cierto es que estos hechos no inhabilitan de por sí al árbitro, pero habrá que examinar las circunstancias. Así, el hecho de haber intervenido en un arbitraje anterior en que se debatieran cuestiones derivadas del mismo negocio o materia puede dar lugar a que el árbitro haya anticipado opinión o haya tenido acceso a información o pruebas



producidas en el primer procedimiento que puedan influir en su ánimo. Y el hecho de la designación “a repetición” del mismo árbitro en casos de una parte o de los abogados de una de las partes puede dar lugar también a observaciones sobre la independencia si indican alguna excesiva proximidad o posible pérdida de independencia.

No parecería, en cambio, que estuvieren comprendidas en la obligación de información las reuniones o conversaciones que el árbitro pueda haber tenido con la parte que lo propone relacionadas con el arbitraje mismo, pues es natural que los árbitros hayan sido ilustrados acerca del caso.

La declaración de independencia es hecha conocer a las partes para que estas manifiesten sus comentarios. Las observaciones que una de las partes pueda haber hecho a la independencia del árbitro propuesto por la otra (o del árbitro tercero) se trasladan a la contraria para que esta pueda a su vez hacer comentarios. La corte decide de manera definitiva y sin comunicar los motivos de la decisión. Comentaristas tan expertos como Derains y Schwartz²⁴ dicen que tradicionalmente la corte concede una gran importancia a las objeciones formuladas por las partes antes de la confirmación del árbitro.

²⁴ Derains y Schwartz. Op. Cit. P. 189.



b) En las reglas de la IBA

La *International Bar Association* ha hecho conocer unas reglas denominadas *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*. Su finalidad es contribuir a eliminar las incertidumbres que partes, árbitros e instituciones tienen sobre qué deben los árbitros informar acerca de sus relaciones con las partes, los abogados, etc., y sobre cuáles acontecimientos son más o menos relevantes para calificar la independencia del árbitro.

Las reglas comienzan por exponer unos estándares generales relativos a la independencia, imparcialidad y obligación de revelación. El estándar básico es que cada árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes al tiempo de aceptar la designación y debe continuar así durante todo el proceso; debiendo por lo tanto declinar cualquier designación si tiene dudas acerca de su independencia o imparcialidad; así como de revelar los hechos que pudieran afectar su independencia o imparcialidad. Este estándar deriva, como es notorio, de la Ley Modelo Uncitral.

También se atribuye a las partes el deber de informar a la otra parte, a los árbitros, a la institución administradora o a la autoridad nominadora las relaciones que pudiera tener con el o los árbitros.



Pero el grupo de trabajo consideró que no era suficiente con enunciar principios generales, sobre todo frente a la creciente complejidad que están tomando estos problemas, por lo que las *Guidelines* contienen una segunda parte, denominada “aplicaciones prácticas de los estándares generales”, en la que se construyen tres listas: una roja, una naranja y una verde.

Estas listas contienen la descripción de situaciones que representan conflictos de intereses, situaciones en las cuales el conflicto de intereses depende de circunstancias específicas y, por lo tanto, requieren cuanto menos la revelación por parte del potencial árbitro, y situaciones que bajo cualquier punto de vista no pueden ser consideradas como un potencial conflicto de intereses y, por lo tanto, no requieren revelación.

A título de ejemplo: la lista roja se divide en dos partes; la de hechos que causan una incompatibilidad absoluta (*non-waivable red list*) y otros que causan una incompatibilidad relativa (*waivable red list*) que comprende gran número de hipótesis.

La lista naranja contiene situaciones que pueden razonablemente crear una justificable duda acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, aunque la determinación de si ello constituye o no un conflicto de intereses depende de las particulares circunstancias del caso; por ejemplo, el árbitro ha sido abogado de una de las partes en



los últimos tres años, el árbitro ha sido en los últimos tres años socio de alguno de los abogados o de otro de los árbitros; existencia de una amistad íntima con alguno de los abogados.

La lista verde enuncia circunstancias que no es necesario revelar, pues carecen de entidad para cuestionar la imparcialidad e independencia del árbitro (pertenecer a la misma orden o colegio que alguno de los abogados de las partes; el estudio de abogados al que pertenece el árbitro ha actuado contra una de las partes en una materia no relacionada con el arbitraje).

El gran valor de las *IBA Guidelines* es que superan la subjetividad exponiendo supuestos concretos en los cuales pueden estar comprendidos muchos propuestos como árbitros, con lo cual evita que el posible árbitro se convierta en juez de la extensión de su propia obligación de revelar.

De todos modos, estas reglas IBA no han estado exentas de críticas. Se dice que ellas han sido redactadas por los abogados de grandes estudios que quieren salvaguardar la posibilidad de designaciones, y que ellas han fijado o consolidado supuestos de no independencia lo que no necesariamente es el camino correcto, pues la comprobación de este recaudo esencial debe ser flexible, caso por caso.



Ello ha sido respondido diciendo que las *Guidelines* no pretenden limitar los hechos que deben ser materia de revelación por parte del árbitro, sino exclusivamente proveer una guía útil con la cual medir la extensión de la que es, como decíamos, el gran problema de esta cuestión.

2.17 Distinción entre independencia e imparcialidad

Clay²⁵, que ha estudiado en profundidad todas las cuestiones relacionadas con los árbitros, apunta que las dos nociones son distinguibles claramente. La independencia —o mejor la ausencia de ella— se apoya en circunstancias objetivas, fácilmente comprobables, como los vínculos que tiene con una de las partes; mientras que la parcialidad reposa sobre elementos subjetivos que emanarán fundamentalmente del razonamiento seguido por el árbitro. De allí que señale que la jurisprudencia francesa ha elegido una expresión a medio camino entre ambos conceptos, como lo es “independencia de espíritu”, que la ley inglesa haya prescindido de la distinción, lo mismo que en las leyes sueca, suiza y varios reglamentos arbitrales.

Sin embargo, la distinción no deja de ser útil en tanto se advierta que la parcialidad de un árbitro puede exteriorizarse no sólo en el momento de dictar el laudo. Por el

²⁵ Clay, Tomas. Op. Cit. P. 97.



contrario, es perfectamente posible que ello se manifieste en la conducción del proceso arbitral, el manejo de las audiencias, la manera de interrogar a los peritos o expertos, etcétera. Estos acontecimientos también permitirán a las partes recusar al árbitro, no por falta de independencia, sino por parcialidad durante el trámite del arbitraje.

2.18 Efectos de la omisión de revelación

La omisión del árbitro de revelar los acontecimientos que ponen en duda independencia o imparcialidad puede producir varios efectos:

- a) Su recusación, cuando el hecho es conocido durante el procedimiento, siempre antes del dictado del laudo;
- b) Su responsabilidad civil por los daños que haya causado a las partes por el retardo del procedimiento;
- c) Aun la anulación del laudo.

Sobre este último punto, una sentencia parisina dispuso que “el carácter sistemático de la designación de una persona dada como árbitro, en las cláusulas compromisorias concluidas por las sociedades de un mismo grupo, su frecuencia y su regularidad por



un largo tiempo, en contratos idénticos, han creado las condiciones de una corriente de negocios entre esa persona y la sociedad de dicho grupo que es parte del procedimiento. El árbitro, habiendo ocultado tal vínculo, ha impedido a la otra parte de ejercer su derecho de recusación”, por lo que decidió anular el laudo.

2.19 Otras condiciones que deben reunir los árbitros

Además de ser independientes, utilizando ahora la expresión en su mayor extensión, o sea, comprendiendo la imparcialidad, los árbitros deben satisfacer otros requisitos.

a) Disponibilidad de tiempo

Es importante que los árbitros tengan tiempo para atender la causa en que se los designa. El Reglamento ICC expresamente dispone que al nombrar o confirmar un árbitro la corte deberá tener en cuenta “su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje”.

Esto no significa que el árbitro deba serlo de tiempo completo o que deba abandonar su ejercicio profesional ni que deba seguir este solo arbitraje para el que ha sido



designado. Pero sí debe asegurar que tendrá el tiempo necesario para la gestión del arbitraje durante el procedimiento (en el caso del arbitraje ICC, participar de la elaboración del acta de misión, estar presente en las audiencias, analizar el expediente antes de esos actos para estar imbuido del caso y con ello tener la posibilidad de resolver las cuestiones que se planteen con relación al acta de misión, aprehender las declaraciones testimoniales y de los expertos que hayan sido formuladas por escrito anticipadamente para poder interrogarlos personalmente en las audiencias, etc.) y, por supuesto, para dictar el laudo dentro del plazo que se le fije.

b) Idoneidad

Es obvio que los árbitros deben ser idóneos para conducir el arbitraje y dictar el laudo. Así lo prevé el Reglamento ICC, en cuanto alude a la aptitud. Esto no supone que el árbitro deba ser un experto en arbitraje; como es obvio, todos los que actúan como árbitros alguna vez tuvieron su primera designación, aunque muchos pueden haber tenido actividad como abogados de partes en arbitrajes, lo que sin duda constituye una importante fuente de experiencia. Pero sí es conveniente que el árbitro esté familiarizado con la materia de fondo que se debate en el arbitraje, especialmente cuando la cuestión toca temas muy específicos. De todos modos, no es conveniente exagerar con la especialización del árbitro, pues ella suele conspirar contra la aprehensión global del ordenamiento.

CAPÍTULO III



3. Los principios generales del proceso arbitral

3.1 Carácter convencional del procedimiento arbitral

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos, y para diferenciarse debe ofrecer mecanismos más flexibles y ágiles que los del procedimiento judicial, pero respetando a la vez las garantías esenciales del proceso, de modo de llegar a un laudo válido.

Para ello, el procedimiento arbitral se funda esencialmente en el principio de autonomía de la voluntad; son las partes las que acuerdan las reglas a que ha de sujetarse el proceso, sea estableciéndolas para el caso concreto, sea por remisión a un reglamento o a una ley que ellas eligen libremente.



Por tal razón, manifiesta Valdés Sánchez²⁶: “la primera característica del procedimiento arbitral es su carácter convencional, lo que lleva a decir a algunos expertos que, en la realidad, no existe un procedimiento arbitral, sino que hay tantos procedimientos como arbitrajes, pues en cada uno de ellos se diseña, o al menos se puede diseñar, un mecanismo apropiado al caso”.

3.2 Reconocimiento del carácter convencional del procedimiento arbitral

La primera regla que debe aprehenderse para comprender el funcionamiento del procedimiento arbitral es que tiene como fuente primordial el acuerdo de las partes. Ellas han de determinar, de común acuerdo, las reglas a las que se sujetará el procedimiento.

Ello está reconocido expresamente tanto en las leyes estatales sobre arbitraje como en las fuentes internacionales y en los reglamentos arbitrales. También ha quedado plasmado en el Artículo 19, de la Ley Modelo Uncitral, que bajo el acápite Determinación del procedimiento dice: 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya

²⁶ Valdés Sánchez, Roberto. *La transacción, solución alternativa de conflictos*. Editorial Legis. Bogotá. 1997. P. 205.

de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones, y en múltiples internacionales.



3.3 Alcance de la autonomía de la voluntad: distinción entre *lex arbitri* y Ley del Procedimiento Arbitral

Una primera cuestión que se debe dilucidar es si las partes pueden elegir una ley que rija el arbitraje.

Desde ya se señalan que, tal como se ha planteado el tema, él no puede resolverse, pues su formulación padece una ambigüedad que debe eliminarse previamente.

Para eliminar tal ambigüedad es preciso distinguir entre la ley aplicable al procedimiento arbitral y la *lex arbitri*.

La *lex arbitri* es, en opinión de René David²⁷: “un conjunto normativo que rige en un país determinado, formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales

²⁷ David, René. *El arbitraje en el comercio internacional*. Editorial Trotta. Madrid. 1982. P. 405.



o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho de ese país”.

Esa *lex arbitri* da sustento a la voluntad privada que da origen al arbitraje y rige, en particular, la eficacia de la convención de arbitraje, la arbitrabilidad del litigio, la composición del Tribunal Arbitral, las garantías fundamentales del procedimiento, la cooperación del juez estatal y el control del laudo por medio de los recursos.

La *lex arbitri* es, en principio, la ley de la sede, que normalmente esto es imperativo para las partes, y que aun cuando estas elijan otra ley, las normas imperativas del país de la sede se aplican al arbitraje; el laudo no se sustrae del control de las autoridades judiciales del país de la sede por vía de los recursos que este considera irrenunciables; así como que la elección que las partes hayan hecho de la ley de otro país no atribuye competencia para entender en un recurso contra el laudo a un juez de un país distinto al de la sede.

Otra cosa distinta es la ley aplicable al procedimiento ante los árbitros, que no concierne, por lo tanto, ni a la eficacia de la convención de arbitraje ni a las relaciones con los tribunales estatales, ni al control del laudo.



En este punto la autonomía de las partes es más amplia que en materia de *lex arbitri*, pues, en principio, ellas pueden regir con la más absoluta libertad casi todos los aspectos del procedimiento.

En realidad, la libertad de las partes llega aquí a una máxima expresión al menos en el sentido de que, en lo que hace al procedimiento propiamente dicho, puede existir un arbitraje “sin ley”. Es más, esto es lo corriente y lo recomendable.

En efecto, comúnmente las partes de un arbitraje estipulan reglas procesales fundamentales o se someten a un reglamento arbitral institucional y no hacen referencia a ningún ordenamiento procesal estatal, ni al del país sede ni a ningún otro.

Ello se refleja en el Reglamento ICC, el cual establece, en el artículo 15.1, que las reglas podrán establecerse “con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”, señalando los comentaristas que con ello se trata de desvincular al procedimiento arbitral de las leyes procesales locales; inclusive la Secretaría suele recomendar a los árbitros y a las partes no hacer referencia a ninguna ley procesal, ni aun para su aplicación subsidiaria. Es que las leyes procesales estatales responden a las exigencias de los procedimientos judiciales y omitir referencia a esas leyes tiende a asegurar la flexibilidad del trámite arbitral y confirma que los procedimientos ICC no



deben ser conducidos de la misma manera que los procedimientos ante los tribunales estatales.

De allí que sea realmente excepcional, en particular en un arbitraje internacional, que se haga referencia a una ley procesal estatal para regir el procedimiento, aun subsidiariamente.

Aunque, ello no importa lisa y llanamente prescindir de la ley de la sede, cuyas normas imperativas, como *lex arbitri*, deben ser tenidas en cuenta por los árbitros si pretenden evitar el riesgo de una nulidad del laudo dictada por un tribunal judicial que tenga autoridad para revisar el laudo.

3.4 Otros límites a la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad no es absoluta cuando se trata de regular el procedimiento arbitral.

Partes y árbitros deberán también tener en cuenta, además de las normas imperativas de la *lex arbitri*, que pueda pretenderse la ejecución del laudo en un país distinto al de



la sede, y que, en tal caso, quedará sujeto al control del juez requerido para su reconocimiento y ejecución, el que por la Convención de Nueva York puede aplicar propio derecho para comprobar la arbitrabilidad de la disputa y la conformidad del laudo con el orden público.

La atribución de las partes de pactar el procedimiento arbitral 'puede estar también limitada por las reglas establecidas en los reglamentos arbitrales a los cuales las partes se han sujetado. Así sucede en el Reglamento ICC que, al menos inicialmente prioriza el reglamento por encima de la voluntad de las partes.

Como lo manifiesta Cruz Miramontes²⁸: "Fundamentalmente, el procedimiento arbitral debe asegurar la satisfacción de lo que se denomina la garantía del debido proceso, pues ella debe adecuarse al origen convencional y la naturaleza jurisdiccional del arbitraje".

²⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo. *El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias*. Editorial Porrúa. México. 2004. P. 56.



3.5 La garantía del debido proceso

Es unánime el criterio según el cual en toda hipótesis los árbitros están obligados a respetar ciertos principios fundamentales, más allá de los cuales no puede verdaderamente concebirse una verdadera justicia; debe reconocerse que estos principios son comunes a todos los países; René David los resumía en tres.

- a) Cada una de las partes debe tener la posibilidad de hacer valer sus argumentos;
- b) Cada una de las partes tiene el derecho de ser comunicado de la prueba producida por la otra a fin de poder refutarla;
- c) El árbitro debe fundar su decisión sobre la opinión que él se ha formado y no en la de otro.

Estos principios son el contenido de lo que se ha dado en llamar garantía del debido proceso, es conveniente señalar algunos matices que pueden presentar.



3.5.1 La garantía del debido proceso en los reglamentos arbitrales

El Reglamento ICC dispone: En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso, mientras que el Reglamento Uncitral establece: Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Desde un punto de vista, la utilización de distintos estándares, como “oportunidad suficiente”, “plena oportunidad” o “razonable oportunidad”, no permiten hacer elucubraciones para encontrar diferencias. Lo que están exigiendo todos los reglamentos es que se respete el principio de igualdad de trato, lo que supone que exista bilateralidad en todas las etapas del proceso y que cada parte pueda exponer su caso con la mayor amplitud. Cabría señalar que la igualdad no es una garantía matemática; las mayores dificultades que puede tener una parte para participar del proceso o conseguir la producción de una prueba autorizan al tribunal a flexibilizar las exigencias rituales.



En este sentido, no caben en el proceso arbitral las limitaciones que establecen las leyes procesales que prohíben dúplicas y réplicas para evitar demoras en el proceso o que cierran la exposición del caso con la demanda y reconvención y sus contestaciones. Por el contrario, en los procesos arbitrales es muy común que se autorice la presentación de escritos posteriores a la demanda, reconvención y contestaciones; más aún, el Reglamento ICC expresamente dispone: Una vez examinados los escritos y documentos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral deberá oírlos contradictoriamente si una de ellas así lo solicita. A falta de tal solicitud podrá oírlos de oficio. La Ley Modelo Uncitral dispone: Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el Tribunal Arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Pero el tribunal arbitral tiene la potestad de decidir cuándo el caso ha sido suficientemente planteado, pudiendo por lo tanto cerrar la etapa de presentación de alegaciones o pruebas; así se establece en el artículo 22 conforme al cual: El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso.

3.6 El arbitraje y las convenciones internacionales de derechos humanos



La cuestión se ha planteado con motivo de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo Artículo 6.1 se refiere a la garantía del debido proceso, expresión que usamos como traducción absolutamente libre de *procés equitable* que es la usada por la convención. En esa norma la convención diseña un modelo de proceso de vocación universal, pero la doctrina y la jurisprudencia están divididas en cuanto a su aplicación a una “justicia no estatal” como es la arbitral.

No está demás señalar que algunos argumentos con los que se pretende sostener la no aplicación son inaceptables. Así, en Europa se afirma que la convención es un tratado que no es una fuente de reglas de derecho, sino que enuncia obligaciones de los Estados. Esta tesis es absolutamente descartable en la doctrina pues esta es unánime en el sentido de que el derecho convencional de los derechos humanos causa derechos que los ciudadanos pueden ejercer y cuya protección pueden reclamar directamente ante los tribunales de sus países; en otras palabras, son directamente operativos sin que sea necesaria una ley interna que reglamente su ejercicio.

De todos modos, se puede señalar que:



- a. Clay²⁹ dice que aunque no sea aplicable la convención, sí lo son las garantías que ella incluye en la noción *de procés equitable*, con lo cual el resultado práctico es el mismo.
- b. Recientemente, la Corte de Casación francesa resolvió que el derecho de acceso a la justicia establecido en el artículo 6, CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), es violado si la parte no puede obtener la integración de un tribunal arbitral.

3.7 Otros principios inderogables del proceso arbitral

El debido proceso supone, en esencia y como se ha visto, la igualdad de trato, la posibilidad de plantear suficientemente el caso, la de probar los hechos y la de tener una sentencia con fundamentos serios. De allí que algunos autores consideran que la contradicción, entendida como la exigencia de que las pruebas de cada parte sean conocidas y comentadas por la otra, se incluye también entre los principios esenciales del procedimiento arbitral. En este sentido el Reglamento Uncitral establece: El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte, dentro del plazo que el Tribunal Arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los

²⁹ Clay, Thomas. Op. Cit. P. 56.



hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación y en caso de celebrarse una audiencia, el Tribunal Arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar. Si han de deponer testigos, cada parte comunicará al Tribunal Arbitral y a la otra parte, por lo menos quince días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán.

En cuanto al laudo, cabe señalar que debe ser motivado, aunque no está de más señalar que en los países anglosajones se admite el laudo no motivado.

La garantía del debido proceso exige que la sentencia tenga fundamentos serios o, en otras palabras, sea razonable, pues lo irrazonable es inconstitucional.

Cremades³⁰ manifiesta que: “El laudo también debe ser completo (o exhaustivo) y congruente en el sentido de que ha de pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas y sólo sobre ellas.”

³⁰ Cremades, Bernardo M. *El convenio arbitral*. Editorial La Ley. Madrid . 2003. P. 72.



Finalmente, se predica del procedimiento arbitral su libertad formal, que ha de ser flexible y sencilla lo que autoriza al tribunal arbitral a adaptar el procedimiento, a lo establecido por la voluntad de las partes, a las circunstancias de cada caso.

3.8 El carácter convencional del Reglamento ICC

3.8.1 Principio general

El Reglamento ICC dispone: El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.

De modo, pues, que el procedimiento se rige en primer lugar por el reglamento y, sólo en caso de silencio de éste, por lo que las partes o el tribunal determinen. Sin embargo, ha de advertirse que el reglamento contiene normas mínimas y extremadamente flexibles.

Por lo que pocas son las reglas inderogables; entre ellas puede identificarse el principio según el cual “en todos los casos el Tribunal Arbitral debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para



exponer su caso”; tampoco podría prescindirse de elementos esenciales del procedimiento ICC como el acta de misión o el control previo del laudo por la corte.

Salvo este principio básico y elemental, las partes pueden convenir la sede del arbitraje, el idioma en que él ha de desarrollarse y las reglas de procedimiento, las cuales normalmente se establecerán en el calendario de procedimiento que incluso puede ser modificado por actuaciones posteriores.

En opinión de Rivera³¹: *“Esta amplia libertad de los árbitros y de las partes se justifica con mayor razón en el arbitraje internacional, en el que las partes pueden provenir de distintos sistemas jurídicos. No está de más señalar que entre el common law y el sistema romano-germánico probablemente existen más diferencias en el proceso que en el derecho de fondo, pues, en definitiva, la noción de contrato es la misma de un lado y del otro del canal de la Mancha, mientras que ideas como el discovery period o el cross examination, comunes para un abogado anglosajón, pueden resultar absolutamente extrañas para un abogado de América latina o de la Europa continental”.*

³¹ Rivera, Julio César. *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. 2007. P. 323.



Conforme a ello, los árbitros (y las partes) han tratado cada vez más de incorporar aspectos de las tradiciones legales de las partes.

3.8.2 Las leyes procesales locales

El reglamento establece que las reglas podrán establecerse “con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”.

Este precepto del reglamento trata de desvincular el procedimiento arbitral de las leyes procesales locales; ya hemos dicho que la secretaría suele recomendar a los árbitros y a las partes no hacer referencia a ninguna ley procesal ni aun para su aplicación subsidiaria. Es que las leyes procesales estatales responden a las exigencias de los procedimientos judiciales, y omitir referencia a esas leyes tiende a asegurar la flexibilidad del trámite arbitral y confirma que los procedimientos ICC no deben ser conducidos de la misma manera que los procedimientos ante los tribunales estatales.

De todos modos, es obvio que las partes y los árbitros deben tener en cuenta la ley procesal de la sede del arbitraje, en la medida en que la violación de reglas imperativas de esta ley podría causar la nulidad del laudo; y a ello se debe también que cuando se



hace el examen previo del proyecto de laudo, la corte considera, hasta donde sea posible, “los requerimientos de las leyes de carácter obligatorio de la sede del arbitraje”

Dice Rivera³² que: *“Del mismo modo, los árbitros pueden tomar en consideración las reglas procesales imperativas que rijan en el o los países donde pudiera procurarse la ejecución del laudo, aunque ello no es obligatorio, cumpliendo los árbitros adecuadamente con sus obligaciones atendiendo a la normativa del lugar de la sede.”*

3.9 Otros reglamentos

El Reglamento Uncitral también reconoce expresamente el principio de autonomía de la voluntad. Su Artículo 1.1 expresa: Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.

³² Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 354.



De modo, pues, que en este reglamento es claro que la convención constituye la primera fuente, acordando a las partes la posibilidad de modificar el reglamento. Pero en ningún caso puede modificarse la legislación estatal imperativa que resulte aplicable al arbitraje; así lo prevé el Artículo 1.2 del mismo reglamento.

Por su lado, el Acuerdo Mercosur distingue entre los procedimientos institucionales y los *ad hoc*. Para los primeros establece como regla primera que el procedimiento ante las instituciones arbitrales se regirá por su propio reglamento; las otras disposiciones son normas no operativas, pues el inciso b) dispone que los Estados incentivarán a las entidades arbitrales asentadas en sus territorios para que adopten un reglamento común, y el c), que las instituciones arbitrales podrán publicar para su conocimiento y difusión las listas de árbitros, nómina y composición de los tribunales y reglamentos organizativos.

Para el arbitraje *ad hoc* el Acuerdo Mercosur reconoce la autonomía de la voluntad, pues el Artículo 12.2 dispone que las partes podrán establecer el procedimiento arbitral y “si las partes o el presente acuerdo nada hubiesen previsto”, se aplicarán las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), conforme a lo establecido en el Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, vigentes al momento de celebrarse la convención arbitral. Finalmente, una norma de cierre se incluye en el



inciso c), en cuanto manda que todo lo no previsto por las partes, por el acuerdo y por las normas de procedimiento de la CIAC será resuelto por el tribunal arbitral atendiendo a los principios establecidos en el Artículo 11 (contradictorio, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y libre convencimiento).

3.10 Atribuciones de los árbitros

Manifiesta Guasp³³: *“La fuente de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros es el acuerdo de las partes; y partes y árbitros están unidos por un contrato del cual emanan derechos y obligaciones de los árbitros”*.

Entre esos deberes están los de organizar y controlar el procedimiento, lo que supone el deber de dirigirlo de modo de convertirlo en un instrumento eficaz, lo que se evidencia en que se llegue, en un término razonable, a dictar un laudo válido y que, como tal, tenga fuerza de cosa juzgada para las partes, o sea que, los árbitros no son sujetos pasivos, sirvientes de las partes, como en alguna oportunidad se ha dicho, sino que han de tener un rol activo, justamente para evitar las dilaciones innecesarias, como la producción de pruebas inútiles o reiterativas, pero a la vez teniendo la facultad de

³³ Guasp Jaime. Op. Cit. P. 134.



requerir aquellas que consideren necesarias para bien resolver y, sobre todo, preservar la garantía del debido proceso en todas sus exigencias.

Ahora bien, para cumplir estas obligaciones, los árbitros deben estar investidos de atribuciones o poderes que les permitan adoptar las decisiones relativas a la organización, el control y la dirección del procedimiento.

De modo que entre obligaciones y poderes existe un necesario diálogo. Los poderes o atribuciones son los medios que se ponen a disposición de los árbitros para que puedan cumplir los deberes que han asumido al celebrar el contrato de arbitraje.

3.11 Enumeración

Rivera³⁴ dice que en algunos reglamentos arbitrales se reconoce un rol importante al árbitro para dirigir e impulsar el procedimiento hacia su conclusión mediante el dictado del laudo. Así, en el Reglamento ICC se atribuye al tribunal arbitral poder para:

- a) Celebrar audiencias y reuniones donde lo considere apropiado;
- b) Deliberar en cualquier lugar que considere apropiado;

³⁴ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 360.



- c) Establecer en caso de silencio del reglamento y omisión de las partes, las formas por las cuales se ha de regir el procedimiento;
- d) A falta de acuerdo de las partes, determinar el idioma del arbitraje;
- e) elaborar el acta de misión;
- f) Previa consulta con las partes, elaborar el calendario provisional de procedimiento;
- g) Disponer de oficio los medios para oír a las partes;
- h) Decidir la audición de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre que hayan sido debidamente convocadas;
- i) Previa consulta con las partes, nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes;
- j) Decidir la causa en base exclusivamente a los documentos presentados por las partes;
- k) Durante el procedimiento y en cualquier momento, requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales;
- l) Dirigir las audiencias;
- m) Autorizar, junto con las partes, la presencia de terceras personas en las audiencias;
- n) Declarar el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido suficiente oportunidad para exponer su caso;
- o) Corregir de oficio cualquier error de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar que contenga el laudo.



Atribuciones similares se encuentran en el Reglamento Uncitral, el que reconoce la facultad del tribunal de fijar el lugar del arbitraje, exigir o no traducciones de los documentos anexos a la demanda o contestación, y cualesquiera documentos que se presenten durante las actuaciones; fijar plazo para notificar la demanda y para comunicar la contestación de demanda a la contraparte y a cada uno de los árbitros; decidir si corresponden o no las modificaciones o complementaciones de la demanda o contestación; si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos, y fijar los plazos para comunicar tales escritos; prorrogar los plazos acordados; requerir que cada una de las partes entregue a la otra un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar; que las partes presenten documentos u otras pruebas en el plazo que fije; dirigir las audiencias de testigos y hacer los arreglos para sus traducciones si fueran necesarias; determinar la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas; en razón de circunstancias excepcionales podrá decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo, etc.

En definitiva, se concluye que, ante el silencio de las partes, los árbitros tienen la libertad de definir el procedimiento, naturalmente dentro de ciertos límites.



De todos modos, en opinión de Cremades³⁵, parece exagerado afirmar que el procedimiento arbitral oscila entre el principio dispositivo y el inquisitivo en tanto que confiere extensos poderes a los árbitros para dirigir e impulsar el procedimiento hacia su conclusión con el laudo, pues siempre los árbitros deben tener en cuenta que el origen de su misión es la convención de las partes y que ellos aceptaron prestar un servicio a esas partes.

3.12 Algunas medidas que pueden hacer más eficaz el procedimiento

Böckstiegel³⁶ traslada algunas de sus experiencias en una serie de interesantes consejos a los árbitros para hacer más eficaz el procedimiento. En concreto, señala que es conveniente que haya una reunión rápida entre las partes y los árbitros para obtener la mayor colaboración posible de las partes para adoptar decisiones útiles y eficaces, definir rápidamente las reglas de juego (especialmente si las partes provienen de distintas culturas jurídicas), fijar un calendario de procedimiento adecuado a las circunstancias del caso, definir rápidamente acerca de cuestiones tales como los escritos que han de presentar las partes y los mecanismos que se han de seguir para la producción y control de la prueba etc.

³⁵ Cremades, Bernardo M. Op. Cit. P. 65.

³⁶ Bokstiegel, Kart-Heinz. *Principios arbitrales internacionales para la organización de un procedimiento eficaz*. Editorial Trotta. Madrid. 1999. P. 202.



3.13 Disidencia entre los árbitros y las partes

La doctrina plantea la posibilidad de conflicto entre las partes y los árbitros acerca de las reglas de procedimiento y la instrucción de la causa, habiéndose generado dos corrientes de opinión aparentemente muy opuestas.

Por un lado, están los que, teniendo en cuenta el origen convencional del arbitraje, tienden a hacer prevalecer la voluntad de las partes, de modo que los árbitros deberían aceptar los criterios impuestos por estas o renunciar.

Otros, en cambio, hacen prevalecer la función jurisdiccional del árbitro y por ello consideran que los árbitros tienen que poder decidir cuestiones relativas al procedimiento, aun en contra de lo querido por las partes.

Algunos autores han propiciado una distinción entre reglas aplicables al procedimiento e instrucción de la causa; en lo primero, las partes tienen la mayor libertad y a tal elección son ajenos los árbitros; en el segundo plano, los árbitros tienen el poder de adoptar las decisiones que les permitan organizar y controlar el procedimiento, y con ello dictar un laudo válido en un plazo razonable.



Este parece ser el criterio que inspira a los reglamentos de arbitraje, que dan una libertad a los árbitros en lo que hace a la instrucción de la causa, como se ha visto en la enumeración de atribuciones que hace el Reglamento ICC, siendo interesante señalar que el Reglamento LCIA alude explícitamente al más amplio poder que debe tener el tribunal arbitral para cumplir con sus deberes, que es coherente con lo que se señala más arriba: las atribuciones dadas a los árbitros están enderezadas a tomar eficaz el procedimiento, pero son además el medio de que los árbitros disponen para cumplir con sus obligaciones causadas en el contrato que cada uno otorgó con cada una de las partes al aceptar su misión.

De todos modos, y más allá de que los árbitros no son el valet de las partes, como lo señalaba René David, ellos deben conducir la instrucción con la suficiente diplomacia como para generar consensos y no contradicciones entre ellos y las partes. Claro es que sin autorizar dilaciones y costos innecesarios, lo cual supone que a veces tales conflictos pueden surgir y, en tal caso, deberán ser resueltos por los árbitros con la mayor prudencia para evitar que alguna de las partes pueda sentirse afectada en sus garantías dentro del proceso y con ello fundar una pretensión de nulidad.



3.14 Cambio de las reglas por las partes

Si las partes cambiaran las reglas de procedimiento, pueden darse dos posibilidades: que los árbitros estén autorizados a ignorar esos cambios si obstaculizan el desarrollo del arbitraje, como prevé la ley sueca, o que puedan renunciar si ello implica una tarea sustancialmente distinta de la originalmente establecida.

3.15 Control de ejercicio de las atribuciones de los árbitros

Como se ha visto, los árbitros gozan de atribuciones extensas para organizar, controlar y dirigir el procedimiento. Como toda atribución o poder debe estar sujeta a un cierto control.

Establece Rivera³⁷ que: *“La doctrina sistematiza ese control diciendo que puede ser ejercido en tres niveles: por la justicia estatal del país sede por vía de los recursos; por los mecanismos previstos por los reglamentos de arbitraje; y, finalmente, por el juez del exequatur.”*

³⁷ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 345.



Los reglamentos de arbitraje prevén la recusación; en este sentido, el ejercicio abusivo de los poderes de uno o más árbitros pueden dar lugar a la recusación sobre la base de la pérdida de independencia o imparcialidad. Pero tratándose de un arbitraje ICC, el reglamento concede numerosas atribuciones a la secretaría y a la corte que constituyen un contrapeso de las facultades y poderes de los árbitros, así, la corte puede en ciertos casos fijar la sede, aprobar el acta de misión y, finalmente, controlar el laudo; por lo demás, como hemos visto, el reglamento tiene ciertas disposiciones indisponibles que, por lo tanto, no pueden ser afectadas ni por el acuerdo de las partes ni por las decisiones de los árbitros.

Las leyes estatales establecen la nulidad del arbitraje cuando los árbitros no han respetado la igualdad de las partes o el contradictorio.

Finalmente, un tercer plano de control del abuso de poder de los árbitros se concentra en el juez del *exequatur*, en tanto la Convención de Nueva York prevé que la parte contra la que se pretende la ejecución de un laudo arbitral extranjero puede oponer como defensa que “...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” y que “...el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”.



Claramente, estas defensas apuntan a atribuir al tribunal arbitral el no haber respetado la garantía del debido proceso, impidiendo a la parte hacer valer sus medios de defensa, o haber seguido un procedimiento que no fue conforme a lo convenido por las partes.

3.16 Sede del arbitraje

3.16.1 Definición

Silva Romero³⁸ manifiesta que: *“En los arbitrajes internacionales resulta importante individualizar una “sede” del arbitraje, por lo que es necesario comenzar conceptualizando qué se entiende por “sede” o “lugar” del arbitraje”*.

Parecería casi superfluo definir el término sede del arbitraje, pero no lo es, pues se trata de un concepto puramente jurídico que representa el lugar donde las partes deciden localizar el arbitraje, aunque ni ellas ni los árbitros estén efectivamente allí y sin que suponga tampoco que las actividades del arbitraje deban desarrollarse en ese lugar. En otras palabras, en principio el arbitraje tiene que estar “localizado” en algún lugar, pues ello determina, al menos como regla, la *lex arbitri*.

³⁸ Silva Romero, Eduardo. *Reflexiones sobre el contrato de arbitraje*. Editorial Universidad Externado. Bogotá. 2003. P. 146.



La *lex arbitri* es un conjunto normativo formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de las leyes de fondo, y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho del país sede.

Vista la cuestión del lado opuesto, el alcance de las leyes nacionales se limita a los arbitrajes que tienen lugar en el territorio de ese Estado. El arbitraje localizado en el territorio de un Estado estará sujeto a una ley de otro Estado solo en cuanto a: reconocimiento de los efectos del acuerdo de arbitraje, posibilidad de pedir medidas cautelares, y reconocimiento y ejecución del laudo.

De lo expuesto surge que la elección de la sede constituye un evento crucial en la vida del arbitraje, pues determina su inserción en un ordenamiento jurídico que da sustento a la voluntad privada y al mismo tiempo la limita con sus reglas imperativas. En otras palabras, el arbitraje, aun internacional, se liga a determinado orden jurídico estatal que es el de la sede. El arbitraje deslocalizado es una hipótesis todavía excepcional.

De modo que, generalmente, las partes y en ocasiones un tercero (la institución que administra el arbitraje) designarán una “sede” del arbitraje, lo que se hará en función de los intereses de las partes y no de la efectiva vinculación de partes o árbitros con ese

lugar.



3.17 Elección

En razón del principio de autonomía de la voluntad que rige en esta materia del procedimiento arbitral, son las partes las habilitadas a elegir, de común acuerdo, la sede del arbitraje. Es más, lo común es que ello esté previsto en la misma cláusula arbitral; la ICC, al recomendar la utilización de la cláusula arbitral modelo, recuerda a las partes la conveniencia de indicar en el acuerdo arbitral, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje.

En el caso de los arbitrajes ICC, si las partes no han elegido la sede, lo hace la Corte Internacional de Arbitraje, para lo cual pondera, en primer lugar, los comentarios que las partes han debido hacer sobre el punto en su demanda y contestación. Además, la corte tendrá en cuenta los mismos factores que las partes deberían ponderar al pactar el lugar: si el país de la sede es signatario de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, cuál es el grado de interferencia posible de los tribunales locales, si las leyes locales establecen requisitos de forma o de fondo para el reconocimiento y ejecución de los laudos, los recursos que puedan ser intentados contra ellos conforme al derecho de la sede, la neutralidad con relación a la nacionalidad de las partes, la mayor proximidad con los lugares donde se recogerá la



prueba, la facilidad para ingresar al país de la sede (relativo a requerimientos de visa, por ejemplo), la estabilidad política del país de la sede, etc.

El Reglamento Uncitral prevé que, a falta de acuerdo entre las partes sobre el lugar en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral. El Acuerdo Mercosur, establece que las partes podrán designar a un Estado parte como sede del tribunal arbitral y en caso de que no lo hicieren, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje en alguno de esos Estados, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

3.18 Efectos de la elección de la sede

3.18.1 Importancia

La doctrina apunta que el éxito de un procedimiento arbitral depende de dos circunstancias fundamentales: la idoneidad de los árbitros y la adecuada elección de la sede.



3.18.2 Libertad de elección de los lugares para la celebración de los actos del procedimiento

La localización del arbitraje no impide que los actos del arbitraje se celebren en cualquier otro lugar que resulte conveniente. Así lo establecen el Reglamento ICC y el Reglamento Uncitral, aplicándose esa regla tanto a las audiencias de prueba como a las deliberaciones del tribunal o a cualquier otro acto que deba desarrollarse en el procedimiento.

Pero cabe resaltar la existencia de dos casos bajo Reglas ICC, en que en el acta de misión se dispuso que las audiencias se llevarían a cabo en un lugar distinto al de la sede y la demandada se negó a firmarla. De acuerdo con lo previsto en el reglamento, el proyecto de acta de misión se elevó a la corte, la que negó la aprobación, de donde se concluye que las audiencias deben llevarse a cabo en el lugar de la sede, salvo acuerdo de las partes y de los árbitros.

3.19 Lugar de dictado del laudo

El laudo se considera dictado en el lugar de la sede del arbitraje. Más categóricamente el Reglamento Uncitral establece que el laudo se dictará en el lugar del arbitraje.



3.20 Control judicial del procedimiento

Uno de los efectos más relevantes que tiene la fijación de la sede del arbitraje es que el procedimiento se relacionará con las autoridades judiciales de ese lugar.

Ello significa que los tribunales judiciales actuarán como tribunales de apoyo y también serán llamados a entender en los recursos contra las decisiones de los árbitros, en particular contra el laudo.

De modo que las partes, o quien resulte llamado a fijar la sede, deberán ponderar el mayor o menor grado de colaboración que la ley local impone a los árbitros y la mayor o menor extensión de los recursos que puedan interponerse contra el laudo.

Parodi³⁹ señala que hay que considerar favorablemente los países que establecen claramente la incompetencia del juez nacional para conocer en las demandas de anulación de laudos arbitrales que carecen de vinculación con el país sede del arbitraje. Apunta Parodi que ello es coherente con el hecho de que, en general, en un arbitraje internacional, su impacto social y económico suele tener lugar fuera del país sede, precisamente porque dicho país ha sido seleccionado considerando la necesidad

³⁹ Parodi, Victor G. *La cláusula arbitral*. Revista de Derecho. Universidad de Montevideo Año II. No. 4. "003. P. 56.



de neutralidad, lo que implica que ninguna de las partes tiene bienes o domicilio en el país. En consecuencia, el laudo que se dicte difícilmente podría afectar intereses del país sede, a menos que se aplique también su derecho de fondo para resolver la controversia, en cuyo caso se podría a lo sumo considerar el valor de la decisión arbitral como un precedente en tal sentido.

3.21 Determinación de la materia arbitrable

Manifiesta Rivera⁴⁰ que: *“Como el tribunal judicial de la sede será el que ejerza el control del proceso arbitral, utilizará su propio derecho para determinar si la materia es o no susceptible de ser sometida a arbitraje; esto debe ser tenido especialmente en cuenta al tiempo de determinar la sede, pues si la materia no fuere susceptible de ser resuelta por árbitros conforme a ese derecho del lugar, causaría la nulidad del laudo”*.

⁴⁰ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 367.



3.22 Aplicación de ciertas leyes locales

Algunas veces la elección del lugar determina la aplicación de ciertas normativas locales y ello puede ser decisivo para la suerte del asunto. Stephen Bond⁴¹ señala un caso entre una compañía finlandesa y otra australiana, en el que se había establecido que la sede del arbitraje era Londres; presentada la demanda para el cobro de cierto royalty, el árbitro, aun asumiendo que el contrato se regía por el derecho de Finlandia, consideró aplicable el derecho inglés en materia de prescripción liberatoria, el derecho de Finlandia no tenía un régimen de prescripción comparable y, por lo tanto, desestimó los reclamos que estaban establecidos en esa ley.

3.23 Aplicación de las disposiciones procesales imperativas

La elección de la sede hace que los árbitros deban tener en cuenta las disposiciones procesales imperativas del derecho del país sede, para evitar una nulidad del laudo; esto ha sido explicado ya varias veces por lo que no es necesario insistir.

⁴¹ Bond, Stephen R. *Cómo redactar una cláusula de arbitraje*. Revista de Arbitraje Internacional. Volumen 6. No. 3. México. 1989. P. 56.



3.24 Imposibilidad de cambiar la sede por conveniencia de una de las partes

Otro tema que debe tenerse en cuenta es que la sede solo podría cambiarse por acuerdo de ambas partes, siendo irrelevante que para alguna de las partes ella no sea “conveniente”.

Claro es que el cambio sin consentimiento de los árbitros daría derecho a estos a renunciar, especialmente si la sede se situara en un país peligroso, en estado de guerra, etc.

En algún caso la Corte de Arbitraje de la ICC cambió la sede de un arbitraje después de descubrir que un laudo dictado en ese lugar no sería reconocido en el país donde era probable que se ejecutara.

3.25 Ejecución del laudo

Se señala que es conveniente que el arbitraje se localice en Estados que sean signatarios de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, pues algunos países han ratificado la convención bajo



reserva de reciprocidad. Por lo que si el laudo debe ser ejecutado en otro país distinto al de la sede, puede ser que ello solo sea posible si este último ha ratificado la convención.

3.26 Idioma

También relacionada íntimamente con el arbitraje internacional señala Rivera⁴², aparece la cuestión del idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento, pues las partes pueden hablar lenguas distintas. Los reglamentos de arbitraje se ocupan de ella, pues resulta significativa tanto para el ejercicio de los derechos de las partes cuanto para la elección de los árbitros.

3.27 Reglamento ICC

En las disposiciones preliminares se recomienda a las partes la elección del idioma en la misma cláusula arbitral. Ello facilita elegir los abogados y los árbitros del caso y hasta hacer un cálculo de un rubro de los costos que no es menor, como las

⁴² Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 370.



traducciones de documentos o de las declaraciones que peritos o testigos deban hacer en el caso.

Pero como es frecuente que no exista tal previsión, el Reglamento ICC dispone: “A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral determinará el o los idiomas del arbitraje teniendo en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato”.

3.28 Elección de más de un idioma

El reglamento prevé la posibilidad de que las partes hayan elegido más de un idioma para el desarrollo del arbitraje, y también que así lo determine el tribunal arbitral. Sin perjuicio de tal previsión, es una práctica desaconsejada por los expertos, pues conduce a incrementar los costos del arbitraje y, lo que es más grave, a que puedan existir documentos que al estar en más de un idioma se presenten en versiones no necesariamente coincidentes. En la hipótesis de que por aplicación de la cláusula arbitral o por circunstancias excepcionales el tribunal arbitral resuelva que el procedimiento se desenvuelva en más de un idioma, se recomienda determinar uno de ellos como aquel en el cual se expresará el tribunal arbitral (especialmente al dictar el laudo) y el que prevalecerá en caso de incongruencias.



3.29 Elección por el tribunal arbitral

A falta de acuerdo de partes, es el tribunal arbitral quien debe determinar cuál es la lengua en que se llevará el arbitraje. Ello lo hará usualmente en la primera orden de procedimiento que emita, aun antes del acta de misión, pues es necesario establecer en qué idioma se hará esta acta; o sea, de manera lo más inmediata posible a la recepción del expediente.

El Artículo 16 del Reglamento ICC dispone que se tendrán en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato; es decir que este no excluye que el tribunal pondere otros elementos (como el idioma de las partes, el de los árbitros y abogados, el del lugar de la sede del arbitraje, etc.), aunque sin duda la lengua usada para redactar el contrato será la primera opción.

3.30 Árbitros

Los árbitros deben conocer el idioma del arbitraje de modo que puedan leer los documentos, asistir a las audiencias y escribir el laudo sin necesidad del auxilio de un traductor. Sin embargo, en algunos casos la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ha confirmado árbitros que tenían un conocimiento “no perfecto” del idioma del arbitraje



o que lo comprendían pero no necesariamente podían escribir en esa lengua. posible que en tales casos se haya hecho prevalecer la competencia técnica de los árbitros por encima de su manejo de la lengua.

Manifiesta Rivera⁴³ que en un caso en que el arbitraje se desarrollaba en dos lenguas, el inglés y otra de un país de Europa central, la parte “occidental” nombró a un árbitro que solo manejaba el inglés, pues sino debería haber nombrado a un árbitro nacional del país de la otra parte. Habida cuenta de que tal limitación afectaba el derecho de la parte a participar igualmente de la elección de los miembros del tribunal, la Corte confirmó al propuesto, pese a que no dominaba una de las lenguas del arbitraje.

3.31 Documentos y audiencias

Los documentos que se presenten en idioma distinto al del arbitraje podrán ser traducidos a él o no, según lo acuerden las partes y lo acepten los árbitros. Es común que en un arbitraje en español no se traduzcan documentos otorgados en inglés o francés, especialmente si los árbitros conocen esas lenguas. Si se presentan traducidos, las partes pueden disponer que sean traducciones libres y que sólo si hay controversia se recurra a un traductor oficial.

⁴³ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 376.



En cuanto a las audiencias, también depende del acuerdo de las partes y de los árbitros que esté presente un traductor público o no. En algún caso uno de los árbitros ha colaborado o también los abogados de las partes. Sobre el punto no hay reglas fijas y debe hacerse aquello que resulte más práctico y menos costoso.

3.32 Reglamento Uncitral

Bajo el acápite “Idioma”, el Artículo 17 de este Reglamento dispone: 1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de emplearse en tales audiencias; 2. 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.

Se advierte entonces que es también el tribunal arbitral el que determina el idioma del procedimiento ante la ausencia de acuerdo de las partes, sin que haya una referencia



explícita a las pautas que el tribunal debería ponderar para su elección. El silencio del reglamento no impide considerar que el idioma del contrato constituirá siempre un elemento relevante, pues, como lo veremos seguidamente, es un criterio generalizado en el arbitraje internacional.

3.33 Otros reglamentos

Algunos reglamentos establecen reglas aparentemente más rígidas, de las cuales resulta que el lenguaje del procedimiento será, a falta de acuerdo, el de la cláusula arbitral, pero concediendo al tribunal arbitral el elegir otra de acuerdo con las presentaciones de las partes y las circunstancias del arbitraje.

El Acuerdo Mercosur dispone, en su Artículo 13, que a falta de estipulación expresa de las partes, el idioma será el de la sede del Tribunal Arbitral, con lo cual prescinde de la lengua del contrato que parecería ser el elemento más valioso para los otros reglamentos.



CAPÍTULO IV

4. EL acuerdo arbitral: naturaleza, características, autonomía

4.1 el acuerdo arbitral

4.1.1 definición

El acuerdo arbitral es el contrato en virtud del cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia actual o futura.

La Ley de Arbitraje de Guatemala define el acuerdo de arbitraje de la siguiente forma: Acuerdo de Arbitraje, o simplemente Acuerdo, es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Otras definiciones en las fuentes internacionales:



4.1.2 la convención de nueva york

Establece en el Artículo II.1: Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

4.1.3 la ley modelo Uncitral

Definición y forma del acuerdo de arbitraje: 1) El acuerdo de arbitraje 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 a determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.



4.2 Elementos presentes en las definiciones anteriores

La doctrina identifica en estas definiciones los elementos siguientes:

- a) El compromiso de las partes de someter la disputa a arbitraje, es decir, a la decisión vinculante de uno o más árbitros;
- b) Tal disputa debe surgir de una relación jurídica que puede ser contractual o no;
- c) La disputa puede ser actual o futura, con lo cual el acuerdo de arbitraje comprende la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

4.3 Distinción entre cláusula compromisoria y compromiso

La cláusula arbitral o compromisoria es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura. En este caso las previsiones de las partes se referirán sustancialmente a la determinación de cuales conflictos serán resueltos por el arbitraje.

El compromiso arbitral es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia ya existente. Puede reconocer su causa en una cláusula arbitral preexistente o ser el resultado del acuerdo entre las partes posterior a la aparición del conflicto (en la práctica la mayor parte de los arbitrajes reconocen como



causa la existencia de una cláusula arbitral, esto es, anterior al conflicto, durante 10 años de 237 casos sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, solo 4 resultaron de un compromiso y los otros 233 tuvieron su origen en una cláusula compromisoria).

En cualquier caso, el compromiso razonablemente habrá de incluir los aspectos concretos de funcionamiento del arbitraje (designación de los árbitros, multas, procedimiento, etc.), pero tales estipulaciones no son esenciales, salvo cuando la legislación aplicable al compromiso lo exige. El compromiso arbitral puede ser celebrado aun cuando ya exista un proceso judicial en trámite, siempre que no haya sentencia definitiva (Artículo 11, 3er. Párrafo, Ley de Arbitraje de Guatemala).

En el caso de Guatemala, la distinción no es relevante con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje (Artículo 10, numeral 1, Ley de Arbitraje de Guatemala).

En opinión de Aparicio⁴⁴, la distinción entre cláusula arbitral o compromisoria y compromiso arbitral es relevante en ciertas legislaciones en las que no se reconoce la validez de la cláusula compromisoria y en aquellas en que, aun reconociéndose su eficacia, requieren la celebración de un compromiso arbitral para que el arbitraje pueda desarrollarse.

⁴⁴ Aparicio, Juan Manuel. *Contratos. Parte general*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1997. P. 128.



Si bien se señala que la ineficacia de la cláusula arbitral es propia de una época de hostilidad al arbitraje y que hoy son muy pocas las legislaciones que se orientan en ese sentido, lo cierto es que en algunos países, las legislaciones siguen exigiendo la celebración del compromiso arbitral. De modo que en dichos países se dice que la cláusula arbitral o compromisoria es una promesa de compromiso, cuyo cumplimiento puede exigirse judicialmente estando habilitado el juez a suplir a aquella de las partes que se niegue infundadamente a otorgar el compromiso (con lo cual la distinción pierde gran parte de su sentido: la cláusula arbitral permite, aun sin haberse celebrado el compromiso, fundar la excepción de incompetencia en el caso de que una de las partes haya promovido una acción judicial desconociendo el acuerdo de arbitraje; en esto radica una gran diferencia con los regímenes en los cuales tal cláusula no permitía sostener la incompetencia judicial si el compromiso no había sido otorgado).

4.4 La cuestión en las convenciones internacionales

La diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral pierde toda relevancia práctica en las convenciones internacionales, pues ellas abarcan con amplitud todo acuerdo arbitral, celebrado antes o después de haber aparecido el conflicto.

Ello se evidencia tanto en la Convención de Nueva York, del mismo modo que en la Ley Modelo Uncitral. La Convención de Panamá sigue el mismo criterio, y también el Acuerdo Mercosur.



4.5 naturaleza jurídica del acuerdo arbitral

Algunos autores como Díaz⁴⁵, han hecho distinciones sutiles entre contrato, precontrato, acuerdo, etc., y ello incluso se refleja en la legislación internacional, que en general no usa la expresión contrato, mientras que todos los instrumentos internacionales aluden al contrato base, o contrato en el cual se incluye el acuerdo arbitral. Esto quiere decir que las convenciones han querido, por lo menos, evitar adoptar una posición tajante sobre la naturaleza de este acuerdo arbitral.

Sin embargo, estas distinciones no son aceptables, pues el concepto de contrato comprende todos los acuerdos de voluntades sobre un objeto patrimonial, por lo que ha sido definido como el acto jurídico bilateral y patrimonial (los términos convención y contrato son intercambiables cuando la relación jurídica se desenvuelve en el campo de lo patrimonial).

De donde el acuerdo de voluntades por el cual una controversia actual o futura se sujetará a la decisión de los árbitros, es un contrato. Y ello así aun cuando la previsión convencional exija la celebración de un segundo acuerdo (el compromiso), pues los precontratos son contratos que obligan a celebrar contratos y por ello su cumplimiento puede ser reclamado forzosamente.

⁴⁵ Díaz, Luis Miguel. *Arbitraje, privatización de la justicia*. Editorial Themis. México. 1998. P. 46.



Esta calificación es relevante porque el acuerdo arbitral está sujeto a recaudos de eficacia propios de los contratos. De todos modos, no es cuestión de echar mano lisa y llanamente a las reglas generales en materia de contratos, sino que deberán hacerse los ajustes necesarios que corresponden a la finalidad y al objeto particular que tiene el pacto arbitral.

4.6 Autonomía del pacto arbitral

El acuerdo arbitral puede formar parte de un contrato que podemos llamar principal y es aquel del cual habrán de surgir las controversias o disputas que causen el arbitraje, o bien puede estar estipulado en un acto jurídico separado, coetáneo o posterior al contrato principal, pero siempre vinculado a dicho contrato. (Ver artículo 10 de la Ley de Arbitraje de Guatemala).

Sin embargo, la cláusula arbitral no es un *accesorio* del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su autonomía.

En opinión de Cremades⁴⁶, la autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. Para esto, se

⁴⁶ Cremades, Bernardo M. Op. Cit. P. 189.



debe entender la eficacia como la aptitud del negocio para producir los efectos que tienen por las partes, por lo que, por ineficacia, se debe entender la falta de efectos. Con este alcance, la ineficacia jurídica no impide que el acto produzca otros efectos (que actúan por vía supletoria) dispuestos por la ley, aunque no deseados por las partes.

La ineficacia es pues, un concepto jurídico amplio, que abarca diversas situaciones, en las que los actos carecen de valor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos propios. La ineficacia puede ser estructural o funcional. La ineficacia es estructural, cuando la privación de los efectos propios de un negocio jurídico se produce por defectos en su estructura y existentes desde el momento mismo de celebrarse el acto. La ineficacia es funcional cuando ella se causa en circunstancias extrínsecas a la estructura del negocio y sobrevinientes a su constitución, que inciden sobre los efectos del negocio, de tal modo que mantenerlo conduciría a obtener un resultado contrario a derecho, a los fines o intereses prácticos de los sujetos del negocio.

En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral. La convención arbitral, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia.



Manifiesta López de Zavalía⁴⁷ que, este principio es considerado una piedra base del sistema de arbitraje internacional y, de acuerdo con lo expuesto, significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral, pues cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que *todas* las cuestiones, incluso la validez o la nulidad del contrato, queden abarcadas por ella.

Y es conveniente señalarlo, el principio de autonomía rige también para los acuerdos arbitrales, aun cuando no tengan elementos internacionales relevantes. En definitiva, todo convenio arbitral es autónomo respecto del contrato del cual puede nacer la controversia o disputa.

4.7 Efectos del acuerdo arbitral

De ello se deriva que el planteo de la nulidad del contrato principal constituye una disputa resoluble por vía del arbitraje; y por ello no causa la incompetencia del tribunal arbitral; en síntesis:

⁴⁷ López De Zavalía Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1975. P. 76.



Si una de las partes incumple con sus obligaciones, fundada en la atribución de nulidad del contrato, esto causa una disputa que ha de resolverse de acuerdo con lo estipulado en la cláusula compromisoria.

En opinión de Monroy Cabra⁴⁸, si una de las partes requerida en un arbitraje cuestiona la validez del contrato principal, este planteo no causa la incompetencia del Tribunal Arbitral, sino que introduce una disputa resoluble por vía del mismo arbitraje. La decisión sobre la competencia del tribunal arbitral será tomada por el mismo tribunal arbitral sobre la base del principio competencia/competencia, el cual será tratado con posterioridad.

4.8 Algunas hipótesis particulares

4.8.1 novación del contrato principal

La novación es un medio de extinción de las obligaciones, tanto las principales cuanto las accesorias. Por lo tanto es razonable tratar la cuestión de si extinguidas las obligaciones nacidas de un contrato que incluye una cláusula arbitral (o al cual se refiere un acuerdo arbitral convenido por separado), este acuerdo subsiste o se extingue como obligación accesoria.

⁴⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Recursos contra el laudo arbitral*. Editorial Legis. Bogotá. 2005. P. 78.



Cabría inicialmente hacer una distinción: que el hecho mismo de la novación aceptado por ambas partes o no.

Si no existe acuerdo sobre si la novación se ha producido, esta será una disputa causada en el contrato, y, por lo tanto, susceptible de ser decidida por el arbitraje; en definitiva, se aplica el mismo criterio que preside la solución predicada para el caso en que una de las partes invoca la nulidad del negocio.

Otra hipótesis distinta es que las partes hayan acordado la novación expresamente o que estén de acuerdo que ella resulta del hecho de que la nueva obligación es incompatible con la subsistencia de la anterior. En este caso, la solución depende de la amplitud que las partes hayan acordado al contrato novatorio que puede o no comprender el acuerdo arbitral; en otras palabras, la novación del contrato principal no necesariamente extingue el acuerdo arbitral.

Por lo demás, las partes pueden extinguir el acuerdo arbitral por novación del propio acuerdo arbitral; o sea que las partes pueden dejar sin efecto el acuerdo arbitral pactando otro medio de resolución de las disputas futuras o actuales, o simplemente, no renovándolo.



4.8.2 Rescisión o resolución del contrato

La resolución es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio, que a veces es imputable a una de las partes (incumplimiento) y otras veces es totalmente extraña a la voluntad de ellas (la producción de un hecho previsto como condición resolutoria), y que extingue retroactivamente sus efectos debido a que en la ley o en el propio acto jurídico se le atribuyó esa consecuencia.

Lo dicho explica por qué la resolución puede operar mediante una declaración de voluntad de la parte interesada (por ejemplo, cuando la resolución se funda en el incumplimiento de la otra parte), o puede operar automáticamente con el advenimiento del hecho previsto en el propio acto (caso de la condición resolutoria) y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se había tenido en mira al crearse el negocio.

Establece López de Zavalía⁴⁹, que la resolución tiene efectos retroactivos al día de la celebración del negocio jurídico, es decir, que actúa *ex tunc*, al menos entre las partes, salvo pacto en contrario o excepción legal (por ejemplo en los efectos ya cumplidos en

⁴⁹ López de Zavalía, Fernando. Op. Cit. P. 123.



los contratos de ejecución continuada o tracto sucesivo). La retroactividad obliga a las partes a restituirse lo recibido en razón del negocio o su valor, además, la parte que incumple deberá la indemnización de los daños y perjuicios (inclusive al declararse la resolución del contrato por ejercicio del pacto comisorio). El efecto retroactivo no afecta a terceros adquirentes de buena fe.

La rescisión es una causal de ineficacia por la cual un acto jurídico válido, queda sin efecto para el futuro, en razón del acuerdo de las partes o de la voluntad de una sola de ellas autorizada por la ley o por la propia convención. La rescisión puede ser unilateral o bilateral. La resolución bilateral se da en el llamado *distracto*, es decir, por mutuo consentimiento. La unilateral es la que proviene de la voluntad de una de las partes del acto jurídico, sea por convención o por disposición de la ley. Pero la rescisión no puede ser intempestiva ni de mala fe.

En cuanto a los efectos, la rescisión opera *ex nunc*, es decir, solamente para el futuro y a partir del momento en que la manifestación de la voluntad se presentó.

El Código Civil de Guatemala no realiza la distinción, y, regula resolución y rescisión como sinónimos.



La cuestión de la eficacia del acuerdo arbitral en caso extinción del contrato por ineficacia sobrevenida del contrato principal debe ser resuelta conforme a los principios ya expuestos. En el orden internacional así está establecido en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Guatemala no es parte de dicha Convención) en el Artículo 81.1: La resolución no afectará a las estipulaciones relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derecho y obligaciones de las partes en caso de resolución.

De donde, si la resolución o rescisión del contrato principal es rechazada por una de las partes, se está en presencia de una disputa que inexorablemente debe ser resuelta por vía del arbitraje estipulado.

Pero bien puede suceder que ambas partes estén de acuerdo en que ha existido una causa de resolución o rescisión del contrato principal. Y allí pueden darse distintas hipótesis, una previsible es que ambas partes se atribuyan recíprocamente la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que opera el pacto comisorio y, por lo tanto, pretendan de la otra el pago de una indemnización. Claramente esta es una disputa causada en el contrato y, como tal, debe ser resuelta por la vía del arbitraje convenido.



Así se ha resuelto por ejemplo, manifiesta Rivera⁵⁰, que, la expiración de un contrato de distribución no afecta la validez de la cláusula compromisoria insertada en él, por lo que el tribunal arbitral retiene la competencia para intervenir en la disputa relativa a la indemnización reclamada por la interrupción de las negociaciones vinculadas a la celebración de un nuevo contrato.

Distinto es que ambas partes hayan decidido voluntariamente rescindir el contrato, aún en este caso, si existe una derivación del contrato extinguido que da pie a una reclamación de alguna de las partes contra la otra, debe afirmarse la subsistencia de la cláusula arbitral.

El argumento en este caso es que si bien la relación jurídica principal se habría extinguido por efecto de la rescisión acordada (el distracto), el derecho de acción para hacer valer un derecho contenido en ella no se extinguió, y por lo tanto, conforme a lo pactado, dicho derecho de acción debe hacerse valer ante el tribunal arbitral y no ante el judicial.

⁵⁰ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 378.



4.8.3 Inexistencia del contrato

En la doctrina se discute si planteada la inexistencia del contrato o su no entrada en vigencia, resulta aplicable el principio de autonomía de la cláusula arbitral. Algunos autores participan de la idea de que en tales casos, la cláusula compromisoria estaría desprovista de objeto. Otros en cambio, sostienen que aún en tal hipótesis, el principio de autonomía funciona, de manera que el tribunal arbitral debería resolver si hay alguna razón para predicar la existencia de la misma cláusula arbitral y sólo en caso de respuesta afirmativa a esta cuestión los árbitros deberían abstenerse de pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Esta última es la solución de los reglamentos de arbitraje de Uncitral y de la jurisprudencia francesa.

4.9 Extensión del principio de autonomía: la ley aplicable al acuerdo principal

En opinión de Zuleta Jaramillo⁵¹, el principio de autonomía comenzó expresándose como una suerte de separabilidad jurídica del pacto arbitral del contrato principal, a modo de preservar el convenio arbitral de las vicisitudes del contrato principal.

⁵¹ Zuleta Jaramillo, Eduardo. *El arbitraje y la responsabilidad extracontractual*. Editorial Legis. Bogotá. 2005. P. 167.



Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia, especialmente francesa, ensanchando la noción de autonomía y sus efectos.

En esta orientación se concluyó que una consecuencia del principio de autonomía es que la cláusula arbitral puede estar sujeta a una ley distinta de aquella que rige el contrato principal. Y ello da lugar a múltiples opciones que examinaremos brevemente:

4.9.1 La ley Suiza: el principio *in favor validitatis*

En la ley suiza el acuerdo de arbitraje es válido si responde a las condiciones requeridas bien sea por el derecho elegido por las partes, o por el derecho que rija el objeto del litigio y particularmente el derecho aplicable al contrato principal o por el derecho suizo. Se deberá analizar el tema de acuerdo con los tres derechos ofrecidos por la ley como alternativa y retener la solución que sea más favorable a la validez del acuerdo arbitral.



4.10 Jurisprudencia francesa: la cláusula *regida por sí misma*

Manifiesta Rivera⁵² que la solución francesa se califica como la más original. La Corte agregó que, en todo caso, el acuerdo de arbitraje en materia internacional no debe regirse por un derecho nacional, sino más bien por la simple voluntad de las partes, siempre y cuando no se viole el orden público ni el orden público internacional.

Esta extensión del principio de autonomía lleva a la consideración del convenio arbitral como un pacto que se rige por sí mismo sin ninguna relación con los derechos estatales, o sea, conformando un verdadero contrato sin ley. Esta construcción de la jurisprudencia francesa, en opinión de algunos autores, parece excesiva, toda vez que la hipótesis de un contrato regido sólo por sí mismo es de por sí cuestionable.

La Corte Internacional de Justicia ha sentado en este sentido el criterio siguiente: Todo contrato que no es un contrato entre Estados, en tanto que sujetos del Derecho Internacional, tiene su fundamento en una ley nacional. De esto resulta que el contrato no puede existir sin el socorro de un sistema jurídico que presida el establecimiento de la relación obligatoria y confiere a los contratantes el poder de constreñir a la otra parte al cumplimiento de las obligaciones.

⁵² Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 190.



4.11 El derecho inglés

El derecho inglés establece que en principio el acuerdo arbitral se rige por la misma ley que rige el contrato principal, salvo que las partes hayan elegido un derecho distinto para aquel.

4.12 la vinculación con el principio competencia/competencia

Es universalmente reconocido que los árbitros son competentes para juzgar sobre su propia competencia. Es el principio reconocido como competencia/competencia.

Si bien no se confunde con la autonomía del acuerdo arbitral, dicho principio se ensancha al relacionarse con aquella, pues planteada una cuestión sobre la arbitrariedad de la disputa o de la competencia sobre ella, por la ineficacia de la cláusula arbitral causada por la ineficacia del contrato principal, esa cuestión ha de ser resuelta por el propio tribunal arbitral. En otras palabras, el tribunal arbitral es juez de la extensión de la autonomía del acuerdo arbitral.



4.13 la autonomía en el Reglamento ICC

El Artículo 6.4 del reglamento dispone: 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, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

Se observa que la primera frase contiene el principio de autonomía y la segunda es una aplicación de la regla competencia/competencia.

Sin embargo, la autonomía de la cláusula arbitral no obsta a que el tribunal arbitral pueda concluir en la ineficacia de ella misma, aún por causas derivadas de la nulidad del contrato.

Así por ejemplo, en opinión de Stiglitz⁵³, si el contrato fuera nulo por causa del vicio de violencia y la cláusula arbitral estuviese incluida en el mismo contrato, el vicio afectaría

⁵³ Stiglitz, Rubén S. *Contratos. Teoría general*. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1990. P. 178.



también al acuerdo arbitral. En este caso se ve que la interpretación se puede apartar un poco del principio de autonomía de la cláusula o acuerdo arbitral a favor del principio de que el derecho, no obstante su literalidad, no puede autorizar acciones ilícitas o ilegales y permitir que sus autores obtengan un beneficio de ello, aplicando la equidad como principio de interpretación.

Petit⁵⁴ manifiesta que, fallar de acuerdo con la *equidad* significa que el tribunal puede en cierta forma apartarse de la literalidad de la ley y decidir en conciencia, la equidad como institución o como principio del derecho nació en Grecia, pasando luego al derecho romano en donde fue positivizada, es decir, reconocida expresamente en la ley, siendo luego recogida por el Derecho Inglés (*equity*), en el cual se aplicó sobre todo en la Corte de la Cancillería, la cual no estaba obligada a fallar conforme la ley sino en conciencia.

4.14 Interpretación: reglas posibles

Bajo este rubro se encierran dos cuestiones totalmente distintas:

⁵⁴ Petit, Eugene. TRADADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Editorial Selectas. México. 1982. P. 58.



4.14.1 La interpretación *favor negotii*

Esto es, que habiendo dos interpretaciones posibles, una de la que emana la validez y otra de la que deriva la ineficacia del contrato, ha de preferirse la primera. Este es un tema que no puede resolverse sino por la afirmativa; esto es, siendo el acuerdo arbitral un contrato, se aplican las reglas de interpretación propias de estos actos jurídicos patrimoniales, entre los cuales el *favor negotii* es universalmente admitido, ella aparece también de manera bastante clara en las convenciones internacionales y constituye una presunción de la cual ha de partirse al examinar el acuerdo arbitral.

4.14.2 La interpretación del alcance del acuerdo arbitral respecto del cual se sostiene que debe ser estricta

En la Ley de Arbitraje de Guatemala, el acuerdo de arbitraje y lo relativo al mismo, se encuentra regulado en los artículos 10, 11 y 12 de dicho instrumento jurídico.



CAPÍTULO V

5. Contenido, eficacia, extensión y límites del acuerdo arbitral

5.1 Requisitos de eficacia

Como contrato que es, manifiestan Herbón y Feldstein⁵⁵, el acuerdo arbitral debe satisfacer los requisitos de eficacia de forma y de fondo de los contratos, conforme a la ley que los rige. Por lo que debe mediar el consentimiento de las partes que gocen de la capacidad de hecho y de derecho para celebrar este acuerdo, el que debe tener un objeto lícito y satisfacer la forma exigida por la ley aplicable.

5.2 Consentimiento. Capacidad de las partes. *Quid* del estado

5.2.1 Formación del contrato

En punto a la formación del contrato se aplican las reglas generales. No existen particularidades relativas al contrato o acuerdo de arbitraje y ellas dependerán de la ley que resulte aplicable a éste.

⁵⁵ Herbón, Leonardi de H. y Feldstein. Op. Cit. P. 213.



De todos modos, cabe apuntar que el Acuerdo Mercosur trae una disposición particular sobre el momento en que se considera perfeccionado el acuerdo entre ausentes, conforme al Artículo 6.4: La convención arbitral realizada entre ausentes se perfecciona en el momento y, en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original.

Es razonable suponer que ello se debe a la intención de evitar los problemas que pudiera causar la diferencia existente en los derechos internos del Mercosur sobre el momento en que se considera perfeccionado el contrato entre ausentes.

5.2.2 Capacidad de hecho

En punto a la capacidad de hecho, tratándose de personas físicas o jurídicas privadas, la cuestión no presenta matices dignos de especial interés, pues todo aquel que goza de la capacidad de contratar tiene capacidad para otorgar un acuerdo arbitral, salvo previsión expresa en contrario de alguna legislación particular.

El tema reside en determinar cuál es la ley aplicable a la capacidad de las partes; alguna doctrina señala que sería la ley nacional que corresponda a cada una de las partes; se arguye que corresponde así interpretar el Artículo V.1.a), de la Convención



de Nueva York, pero para el Acuerdo Mercosur la capacidad de las partes o convención arbitral se regirá por el derecho de sus respectivos domicilios.

En definitiva, cuando se pida el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero, el juez del *exequatur* determinará la capacidad o incapacidad de las partes para otorgar el acuerdo arbitral de acuerdo con la ley que resulte de la aplicación de su norma de conflicto.

Lo mismo sucederá cuando en un arbitraje se plantee un recurso no renunciante o excepción contra el laudo ante los jueces del país de la sede, fundado en la incapacidad de alguna de las partes, extranjera o no domiciliada en el país, para otorgar el convenio arbitral.

5.2.3 Capacidad del Estado

Donde la cuestión se hace más compleja es cuando una de las partes es un Estado nacional, un ente territorial (provincia, Estado, cantón, municipio, región, etc.) o una persona jurídica distinta del Estado pero que participe de algún modo de su naturaleza (entidad autárquica, sociedad del Estado, empresa del Estado, etc.). Ello es así, pues muchas legislaciones nacionales establecen ciertas limitaciones, lo que debe



entenderse que afecta su capacidad de derecho. (Es importante señalar que los enfoques más recientes eluden encasillar el tema en la capacidad o incapacidad del Estado o arbitralidad subjetiva).

La cuestión es antigua y admite distintos enfoques. Para empezar, una cosa puede ser el Estado actuando dentro de sus propias fronteras y otra en el comercio internacional, en el que es un agente más, lo que no impide que la legislación y jurisprudencia de los distintos países aborden con diferente, criterio la arbitrabilidad de los genéricamente denominados contratos de Estado.

Los países europeos han admitido con amplitud la arbitrabilidad de las cuestiones suscitadas por los contratos celebrados por el Estado. Así, en Inglaterra, Alemania y Suiza casi no existen límites para que el Estado se sujete a un arbitraje causado en un contrato celebrado por él o por una emanación suya.

Más restrictiva es la posición de la jurisprudencia administrativa y judicial francesa, manifiesta Garro⁵⁶, que ha legitimado el arbitraje internacional, sea que se trate del Estado francés o personas jurídicas públicas francesas, o de Estados y empresas

⁵⁶ Garro, Alejandro M. *Arbitraje comercial y laboral en Central América*. Transnational Juris Publications Inc. Nueva York. 1990. P. 59.



extranjeros, pero considera que no es posible el arbitraje doméstico. La ley española también contiene ciertas restricciones.

También existe consenso en que es absolutamente contrario a la buena fe que una parte estatal de un contrato internacional, habiendo aceptado libremente un acuerdo arbitral, luego invoque su propia legislación para cuestionar la validez de ese acuerdo. (Así en la Ley de Arbitraje de Guatemala, se dispone que, una vez que el Estado, las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales hayan celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitralidad de la controversia o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte, convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración del convenio (artículo 51).

Silva Romero⁵⁷ expresa que así está establecido en la legislación de algunos países, como la ley suiza de derecho internacional privado y la ley española, y ha sido reconocido por la jurisprudencia arbitral en muchos casos, así como por los tribunales de varios países. (En ese sentido, la Corte de Casación francesa en el caso Galakis, emitió un pronunciamiento en el que resolvió que la incapacidad legal de las entidades estatales francesas para someter las controversias a arbitraje es inaplicable en el

⁵⁷ Silva Romero, Eduardo. Op. Cit. P. 189.



contexto de contratos internacionales. También se invoca la sentencia dictada en el caso Creighton en el que la Corte decidió que la entidad pública renunciaba implícitamente a su inmunidad de ejecución cuando esta y una sociedad privada extranjera escogen en el acuerdo de arbitraje el Reglamento ICC como conjunto de normas aplicables al procedimiento arbitral).

De todas maneras el panorama es bastante distinto en América Latina, pues si bien algunas legislaciones recientes se orientan en el sentido de admitir que el Estado pueda celebrar un acuerdo arbitral en sus contratos, la jurisprudencia de otros países ha interferido seriamente en arbitrajes en que participaba el Estado o alguna persona jurídica pública.

5.2.4 Efectos de la inexistencia de capacidad

La inexistencia de capacidad para comprometer en árbitros justifica el rechazo del reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, así lo establece la Convención de Nueva York.



5.2.5 Representación

La representación de las partes que otorgan un acuerdo arbitral se rige por las reglas ordinarias en esta materia, tanto nos refiramos a las normas de conflicto como a las de fondo a que aquéllas remitan.

Sin embargo, cabe apuntar que los tribunales arbitrales suelen interpretar las cuestiones sobre representación de manera liberal.

5.2.6 Objeto lícito

La cuestión del objeto se relaciona con la materia susceptible de ser sometida a resolución por árbitros.

López Herrera⁵⁸ expresa que, el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas o hechos. La obligación es efecto del negocio jurídico; la prestación es objeto de la obligación; de donde, la noción de objeto lícito queda reducida a su materia: cosas o hechos. De este modo se evita confundir objeto y causa del negocio; y tampoco se

⁵⁸ López Herrera, Edgardo. *teoría de la responsabilidad civil*. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. 2006. P 192.



confunden objeto y contenido del negocio, el contenido es la prestación, o conducta exigible de cada uno de los sujetos para satisfacer el interés del otro sobre el objeto.

Así por ejemplo, en un contrato de compraventa de cosa mueble, la cosa vendida y el precio constituyen el objeto; la entrega de la cosa y la entrega del precio constituyen las prestaciones, contenido del negocio jurídico.

Ello comprende la determinación de cuáles materias están excluidas por la ley de ser sometidas a arbitraje; un asunto especial de este tema es si el arbitraje puede versar sobre efectos de los hechos jurídicos y, finalmente, si es materia del acuerdo de arbitraje la elección de la ley aplicable al fondo del litigio.

5.3 La materia arbitral. Ley aplicable

Qué disputas pueden o no someterse a arbitraje depende de la ley de cada Estado.

Por ello, en un arbitraje internacional será necesario identificar cuál es la ley bajo la cual se decidirá si la cuestión es o no susceptible de arbitraje. Se han propiciado



distintos criterios: la ley aplicable al contrato, la ley aplicable al acuerdo arbitral, la ley de la sede del arbitraje.

Una referencia importante se encuentra en el Artículo V.2.a), de la Convención de Nueva York de 1958, que establece las cuestiones que el juez requerido para otorgar el *exequátur* a un laudo extranjero puede invocar de oficio para negar la ejecución de la sentencia arbitral. Ese precepto dispone: 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.

De esta forma la convención sugiere que es la ley del juez requerido, la *lex fori*, la que se aplica para decidir si la materia es o no arbitrable.

De esto surge que si se trata de ejecutar un laudo en un país distinto a aquel en el cual se dictó y ese país aplica la Convención de Nueva York, el juez decidirá conforme a su propia ley nacional si la materia era o no susceptible de arbitraje.



5.3.1 La materia “comercial”

La Convención de Nueva York prevé que los Estados contratantes podrán hacer reserva de aplicar la convención solo a los litigios *surgidos* de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno. Es lo que se denomina reserva comercial.

La determinación de qué es materia comercial o no, depende del derecho interno del país que haya hecho la reserva.

De todos modos en la nota al Artículo 1.1, de la Ley Modelo Uncitral, se dice: Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial,



transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o carretera.

5.3.2 Algunas materias de dudosa arbitrabilidad

La doctrina identifica múltiples cuestiones cuya arbitrabilidad ha sido cuestionada. Entre ellas se señalan:

5.3.2.1 Cuestiones regidas por reglas de orden público

Establece Cremades⁵⁹ que, la circunstancia de que una controversia requiera para su resolución la aplicación de normas de orden público no afecta su arbitrabilidad; lo que determina los límites de las facultades jurisdiccionales de los árbitros es la naturaleza de la cuestión litigiosa y no la de las reglas que rigen su resolución.

Por lo demás, los árbitros están normalmente en capacidad de aplicar estas leyes y, en definitiva, el Estado conserva la posibilidad de una “segunda mirada” por medio de los recursos que son irrenunciables (aunque no siempre, algunas legislaciones aceptan la

⁵⁹ Cremades, Bernardo M. Op. Cit. P. 209.



renunciabilidad de todos recursos, incluso el de nulidad, que es el más común, únicamente en arbitrajes internacionales y que no toquen intereses locales) y *exequatur* cuando se trata de ejecutar los laudos en un país distinto a aquel en el cual han sido dictados. (El control de las sentencias arbitrales en cuanto a la aplicación de las leyes de policía y de las leyes de orden público, da lugar a corrientes de opinión distintas, algunos propician un control amplio, mientras que otros proponen un control mínimo para evitar el riesgo de que cualquier sentencia arbitral pueda ser anulada).

5.3.2.2 Derecho de la competencia

Se ha planteado si es arbitrable la disputa sobre la eficacia de un contrato en función de la posible violación de leyes antimonopolio, que constituyen materia indisponible para las partes. La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha aceptado la arbitrabilidad de las cuestiones causadas en la aplicación de la *Sherman Act* (ley antimonopolio).

También la jurisprudencia francesa viene sosteniendo que en materia de derecho de la competencia pueden actuar los árbitros, desde que la arbitrabilidad del litigio no está excluida por el solo hecho de que sea aplicable una reglamentación de orden público; los árbitros pueden extraer consecuencias civiles de un comportamiento juzgado ilícito con relación a reglas de orden público pudiendo ser directamente aplicables a las



relaciones de las partes en la misma orientación, la jurisprudencia italiana ha cambiado esto como un ensanchamiento del campo de la arbitrabilidad. Ello sin perjuicio de que existe un importante debate acerca de cómo los árbitros deben enfrentar la aplicación de las normas de orden público y cuál es la extensión del control judicial sobre cómo efectivamente los árbitros han ponderado y aplicado tales normas.

5.3.2.3 Patentes y marcas

Craig, Park y Paulsson destacan que las disputas relativas a patentes y marcas generan un problema de arbitrabilidad, porque habitualmente afectan intereses de terceros que no son parte del acuerdo de arbitraje; en tal caso la decisión podrá resolver los temas exclusivamente entre las partes. Obviamente, esto no se refiere a las cuestiones sobre licencias de marcas o patentes, pues ellas son perfectamente arbitrables.

5.3.2.4 Sociedades

En algunos Estados es un mecanismo habitualmente utilizado para cualquier tipo de cuestiones que pudieran surgir entre los socios. (Por ejemplo la Corte Suprema de Finlandia ha declarado la incompetencia de los tribunales estatales para conocer de



una demanda de liquidación de una sociedad anónima si existe una cláusula en el estatuto que estipula que todos los diferendos entre la sociedad y sus accionistas serían resueltos por arbitraje).

5.3.2.5 Otras materias

Otras materias que generan dificultades son las que implican la aplicación de las leyes de quiebras, laborales y de títulos valores.

Ello depende de particularidades de cada país; así, expresa Barrios de Angelis⁶⁰, mientras en algunos países el fuero de atracción de los procedimientos concursales tiene importantes excepciones a favor de la continuidad de los arbitrajes tanto en la quiebra como en los procedimientos preventivos, en otros como Francia el arbitraje iniciado antes de la apertura del juicio universal sufre el efecto de la suspensión de las acciones individuales, pero puede proseguir después de la exteriorización de la acreencia en el proceso universal; pero si el arbitraje no había comenzado a la época en que se pone en marcha el proceso universal, el acreedor solo puede verificar su crédito por la vía corriente sin poder recurrir al arbitraje, aunque la coexistencia entre la

⁶⁰ Barrios de Angelis, Mario. *El juicio arbitral*. Editorial Universidad de Montevideo. Montevideo. 1956. P. 176.



jurisdicción estatal sobre el procedimiento colectivo y la arbitral sobre el litigio individual es muy compleja.

En cuanto a las cuestiones laborales, existen múltiples variantes locales, muchas de las cuales tienden a la resolución de los conflictos en el seno de la misma empresa a través de la conciliación, la mediación y el arbitraje, aunque en Francia, sigue prohibida la cláusula compromisoria en materia laboral, por lo que el sometimiento a arbitraje solo sería posible después de la ruptura del vínculo.

En Guatemala el Artículo 3 numeral 4) de la Ley de Arbitraje, excluye de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales.

Manifiesta Barragán Arango⁶¹ que, un modelo altamente favorable a la mayor extensión del arbitraje es el de los Estados Unidos de América, que no solo ha reconocido la arbitralidad de cuestiones en que está en juego la aplicación del derecho de defensa de la competencia, sino que además ha habilitado por vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, la arbitrabilidad de litigios en los que estaban comprometidas la Ley Federal Sobre Títulos Valores Mobiliarios o la legislación de derecho de trabajo contra la discriminación en razón de la edad y contra las discriminaciones raciales o sexuales

⁶¹ Barragán Arango, Luis Alfredo. Op. Cit. P. 353.



así como es creciente el uso de la cláusula compromisoria en los contratos de adhe-
y con consumidores.

5.4 Determinación de las relaciones jurídicas de las cuales surja la disputa

La cláusula arbitral debe relacionarse con una relación jurídica determinada. Esto es, con cierto contrato o con cierta relación extracontractual.

De allí que se afirme que una convención que dispusiera que “todas las relaciones jurídicas entre las partes serán sometidas a arbitraje” no sería válida.

Esta solución emana con toda claridad de la Convención de Nueva York, en el Artículo 11.1, en tanto dispone que el acuerdo arbitral ha de referirse a las disputas que surjan de una determinada relación jurídica. Idéntico tratamiento emana del Artículo 7 de la Ley Modelo Uncitral y la misma solución emana de la Convención de Panamá que en su Artículo 1, alude a las diferencias relacionadas con “un negocio de carácter mercantil”, y del Reglamento CIAC.

En el Acuerdo Mercosur no está dicho expresamente, pero surge de la definición de “contrato base”, que es el “acuerdo que origina las controversias sometidas a arbitraje”.



5.5 Naturaleza de las relaciones extracontractuales como materia del arbitraje

El arbitraje se muestra generalmente como un medio de resolución de disputas de fuente contractual y por ello se lo identifica con el desarrollo del comercio internacional; de lo que se ha derivado que las cuestiones de responsabilidad extracontractual no son susceptibles de ser resueltas por la vía del arbitraje.

Sin embargo, no hay ninguna razón que obste a que si ha mediado un hecho ilícito, las partes puedan convenir que la determinación de la responsabilidad y/o la magnitud de la indemnización se definan por árbitros; lo que sucede es que en el caso el convenio arbitral siempre será posterior al nacimiento del conflicto, o quizás con más precisión, posterior al acaecimiento del hecho ilícito que da lugar a la atribución de responsabilidad aquiliana.

Las fuentes internacionales no exponen una solución uniforme sobre el punto. La Convención de Nueva York expresamente prevé la arbitrabilidad de cuestiones de fuente extracontractual; y la Ley Modelo Uncitral sigue a la Convención de Nueva York la cual en el Artículo II.1 señala: Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas



respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Asimismo, la Ley Modelo Uncitral, en el Artículo 7.1 establece: El acuerdo de arbitraje 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 no contractual.

En cambio, la Convención de Panamá alude al acuerdo que se refiera a disputas relativas a “un negocio de carácter mercantil”, y el Acuerdo Mercosur, en el Artículo 2.d), limita la definición de la convención arbitral al acuerdo por el cual las partes someten a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de *relaciones contractuales*.

5.6 Forma del acuerdo arbitral

Las fuentes internacionales, a partir de la Convención de Nueva York, establecen que el acuerdo arbitral debe ser hecho por escrito y definen también qué se entiende por ello. Así, la Convención de Nueva York, en el Artículo 11.2, dice que la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un



compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas, de acuerdo con lo establecido en la Convención de Panamá, en el artículo 1 agrega el télex.

El requisito de forma escrita establecido por la Convención de Nueva York debe entenderse como un estándar máximo que las legislaciones locales no deben rebasar; es decir que cualquier convenio arbitral que reúna los requisitos de forma escrita establecidos en la convención debe ser reconocido en el Estado parte de que se trate, independientemente de requisitos más severos que pudiera establecerla ley local.

La Ley Modelo Uncitral es más amplia, pues no solo hace una enumeración enunciativa de los medios de comunicación idóneos para tener por satisfecho el requisito de la escritura, sino que además, en el Artículo 7.2, incluye el intercambio de la demanda y contestación, y agrega que “la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Finalmente, el Acuerdo Mercosur ya se hace cargo más precisamente de las nuevas tecnologías y por ello, después de exigir la forma escrita, alude a las convenciones entre ausentes y dispone en el Artículo 6.3: La convención arbitral celebrada entre ausentes podrá instrumentarse por el intercambio de cartas o telegramas con recepción



confirmada. Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente deberán ser confirmadas por documento original, sin perjuicio, de lo establecido en el numeral cinco.

En Guatemala, la Ley de Arbitraje en el Artículo 10, en cuanto a la forma, sigue a la Ley Modelo Uncitral y a la Convención de Nueva York.

5.7. Forma en ciertos contratos

El Acuerdo Mercosur dispone explícitamente en el Artículo 4.2: La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

La disposición aludida se aplica a los celebrados mediante formularios de contenido predispuesto, con condiciones generales, etc., aunque no sean propiamente de adhesión.

Lo de lugar razonablemente destacado supone que se trata de un contrato predispuesto, con condiciones generales o de adhesión; si se tratara de un contrato



paritario, negociado de persona a persona, parece más que suficiente con que la cláusula arbitral aparezca separada de otras previsiones del contrato, sin que sea requerido que esté escrita en otros caracteres, subrayada ni mucho menos especialmente firmada.

Bernal Gutiérrez⁶² expresa que, en muchos casos se ha planteado la eficacia de cláusulas de arbitraje incluidas en formularios o al dorso de ciertos documentos; la cuestión se resolverá por la ley aplicable al acuerdo arbitral y se advierte que no necesariamente cualquier evidencia escrita es suficiente para acreditar un acuerdo arbitral.

De todos modos, no puede dejar de señalarse que esta regla del Acuerdo Mercosur es más severa que los estándares de la Convención de Nueva York, por lo que si el Estado ante el cual se requiere la ejecución hubiera incorporado esta última, debería aplicarla en desmedro del acuerdo, por el principio favor arbitraje que prevé el Artículo VII. 1, de la Convención de Nueva York.

La Ley de Arbitraje de Guatemala sigue esta línea en el Artículo 10, numeral 3.

⁶² Bernal Gutiérrez, Rafael. *El arbitraje del estado. La regulación en Latinoamérica*. Revista Internacional de Arbitraje. Bogotá. 2004. P.87.



5.8 Los contratos por adhesión

La doctrina alerta sobre la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos con consumidores y la mayor parte de las legislaciones excluyen hoy en día ese tipo de cláusula en esos contratos o las someten a requisitos especiales (salvo en el derecho de los Estados Unidos de América).

Los contratos por adhesión están expresamente mencionados en el Acuerdo Mercosur, el cual en el Artículo 4, bajo el acápite tratamiento equitativo y buena fe, establece en su inciso 1: La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.

5.9 La cláusula arbitral incorporada “por referencia”

Es claro que la cláusula arbitral puede estar incluida en el mismo contrato o en un documento separado pero que hace referencia al contrato principal.

Una hipótesis distinta es la cláusula arbitral pactada por la referencia a otro contrato que contiene el convenio arbitral.



Esto exige, en primer lugar definir con cierta precisión qué se entiende de incorporación por referencia.

Manifiesta Rivera⁶³ que, la doctrina que ha tratado el tema dice que ello sucede cuando el pacto no se encuentra incluido en el contrato original, sino en documentos separados a los que se hace remisión. Esto sucede en distintas hipótesis que pueden sistematizarse así:

- a. Cuando el contrato remite a condiciones generales que prevén el arbitraje;
- b. Cuando el contrato invoca reglamentos gremiales o profesionales cuyos miembros se someten a arbitraje;
- c. Cuando se trata de grupos de contratos estando previsto el arbitraje en contratos marco a los que se sujetan los otros;
- d. Cuando existe un contrato principal entre contratante y contratista que prevé el acuerdo arbitral; y subcontratos entre el contratista y terceros que proveen bienes o servicios para servir al objeto principal que incorporan el contrato principal o aluden de algún modo a él;
- e. A lo que podría agregarse la cadena de contratos transmisivos de la propiedad de bienes, aunque esta hipótesis también puede quedar comprendida en la de circulación (o transmisión) de la cláusula arbitral.

⁶³ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 389.



En general, se advierte una tendencia a aceptar esta forma de convenir el arbitraje aunque en realidad, este no es un tema acerca de la forma del negocio, sino de consentimiento con él. Este parece ser el criterio emanado de una Corte de Casación francesa en el caso *Peavey*, que inspira una sentencia que ha dicho que si bien en una cadena de contratos transmisivos de la propiedad de mercaderías, la cláusula se transmite con la acción contractual, ello no obliga al sub-adquiriente, si puede demostrar una ignorancia razonable de la cláusula.

En otras palabras, el tribunal arbitral o judicial que deba juzgar sobre la existencia o no de cláusula arbitral no debe comprobar un aspecto de forma, sino si la parte contra quien se pretende hacer valer el pacto lo ha consentido. Si el tribunal llega a la conclusión de que esta parte ha dado su consentimiento la cuestión de si la cláusula está en el mismo contrato, en un documento separado o en un documento incorporado por referencia o remisión a él, es irrelevante.

5.10 La forma en el Reglamento ICC

El Reglamento de Arbitraje ICC no exige que el acuerdo arbitral esté estipulado por escrito ni establece ningún otro requisito de forma.



Sin embargo, es razonable esperar que la Corte de la ICC exija alguna prueba escrita de la existencia de un acuerdo de arbitraje, aunque ella puede ser menos estricta que la exhibición de un documento firmado por ambas partes, por lo que ha aceptado la iniciación de un arbitraje con un proyecto de contrato inicializado por las partes donde se afirmaba que las obligaciones se habían cumplido sin que se hubiera firmado un contrato final y, por supuesto, ha aceptado casos en que el acuerdo arbitral había sido concluido por fax, télex, cartas o medios similares.

5.11 Imposibilidad de controvertir la existencia del pacto arbitral habiendo participado del arbitraje

Cita Castro de Cifuentes⁶⁴, que en una sentencia reciente de la Corte de Casación de Francia (caso Golshani v. Gobierno de la República Islámica de Irán) se resolvió rechazar un recurso de nulidad contra un laudo arbitral que se fundaba en la inexistencia de convenio arbitral; lo cierto es que la parte que interpuso el recurso participó en el procedimiento arbitral por el término de nueve años, con lo cual el tribunal consideró que incurría en una contradicción con sus propios actos que hacía deseable el recurso en razón de la doctrina del *estoppel*.

⁶⁴ Castro de Cifuentes, Marcela. *La cláusula compromisoria*. Editorial Legis. Bogotá. 2005. P. 205.



5.12 Efectos del acuerdo arbitral

La expresión “efectos del acuerdo arbitral” requiere ciertas precisiones. Por un lado, puede referirse a las obligaciones que, como contrato que es, causa en cabeza de cada una de las partes del negocio jurídico. Por lo demás, deben examinarse también los efectos que ese contrato puede tener respecto de terceros.

En otro enfoque, los efectos del acuerdo arbitral se vinculan o ligan a las consecuencias que la existencia de un convenio arbitral eficaz tiene respecto de la jurisdicción. En este entendimiento, la doctrina apunta que el acuerdo arbitral tiene dos efectos, uno positivo y uno negativo.

El efecto positivo consiste en que atribuye al tribunal arbitral la jurisdicción sobre el caso.

El efecto negativo es que excluye la jurisdicción estatal sobre el caso, autorizando por lo tanto la interposición de la excepción de incompetencia en el supuesto de que una de las partes haya promovido una acción judicial.



Ambos enfoques están absolutamente entrelazados.

5.13 Obligaciones de las partes

Las partes del acuerdo arbitral asumen, en opinión de Eduardo Silva Romero⁶⁵, tres obligaciones:

- a. Una de hacer, consistente en la obligación de someter la controversia a arbitraje, de modo que en caso de plantearse el conflicto deben actuar del modo convenido en la cláusula arbitral para poner en funcionamiento esta jurisdicción;
- b. Una de no hacer, que consiste en el deber de abstenerse de ocurrir ante la justicia estatal para dirimir el conflicto;
- c. Una de dar, consistente en proveer los fondos para atender los costos y gastos del arbitraje.

⁶⁵ Silva Romero, Eduardo. Op. Cit. P. 178.



5.14 Efectos del contrato respecto de terceros

El acuerdo de arbitraje es un contrato bilateral, por lo que causa, obligaciones a ambas partes; es más, causa las mismas obligaciones a ambas partes.

En principio, los contratos son inoponibles a terceros, lo cual es interpretado en el sentido de que ellos no pueden crear obligaciones o derechos a o a favor de terceros, salvo los casos específicamente previstos por la ley.

Llevada esta regla al acuerdo arbitral su consecuencia es que, en principio, solo las partes del acuerdo arbitral están obligadas por la cláusula compromisoria, por lo que los terceros que no han prestado su consentimiento al acuerdo arbitral no están obligados por él y, por lo tanto, no están constreñidos a participar de un arbitraje ni excluidos de recurrir a la justicia estatal.

Sin embargo, existen supuestos en que ciertos terceros pueden estar alcanzados por los efectos del acuerdo arbitral, y se examinarán seguidamente.



5.15 La distinta personalidad de las sociedades

Manifiesta Silva Romero⁶⁶ que la jurisprudencia francesa ha resuelto casos en los que ha legitimado para participar en un arbitraje, como actor o demandado, a quienes, no habiendo suscrito el acuerdo arbitral, habían participado activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que estaba incluida la cláusula arbitral.

Así lo resolvió oportunamente un tribunal arbitral y lo convalidó una Corte de Apelaciones de París en un fallo del 21/10/1983, en el caso “*Dow Chemical*” en que el tribunal arbitral consideró legitimadas por la cláusula arbitral varias subsidiarias de esa compañía; esas subsidiarias no habían otorgado el contrato, pero este autorizaba que cualquiera de ellas cumpliera las obligaciones a cargo de la sociedad madre. Los tribunales franceses incluso han expandido la legitimación pasiva a sujetos que no habían formado parte del acuerdo arbitral, por ejemplo, a la sociedad que había sido beneficiaria de una transmisión de activos, derechos y obligaciones de la sociedad signataria de la cláusula.

⁶⁶ Silva Romero, Eduardo. Op. Cit. P. 67.



Pero no ha de verse en ello una aplicación mecánica y derivada de circunstancia de la pertenencia a un grupo, sino que se señala que la existencia de consentimiento, por lo menos implícito, es el dato decisivo.

En cambio, tanto la jurisprudencia suiza como la inglesa se muestran reacias a admitir esta expansión de los efectos de la cláusula arbitral respecto de terceros.

Por su parte, los tribunales estadounidenses han resuelto extender los efectos del acuerdo arbitral sobre la base de ciertas causales que son: la doctrina del *alter ego*, el fraude, el descorrimiento del velo societario, la agencia o el *estoppel*.

Una sentencia muy importante en esta materia en el caso “Bridas v. Government of Turkmenistán”. Bridas era la parte extranjera de *un joint venture* con una parte turkmenistana, una entidad de propiedad y totalmente dirigida por el gobierno de Turkmenistán, cuya identidad era cambiada por el solo designio del presidente del Estado (lo que sucedió varias veces a lo largo de la relación); la última persona jurídica que obró como parte nacional fue Turkmenneft, constituida con un capital de sólo U\$S 17.000 y cuyos activos fueron declarados inembargables. Bridas llevó la cuestión a un arbitraje bajo reglas ICC, en el que demandó al Estado de Turkmenistán, quien no era signatario del acuerdo de arbitraje. El tribunal arbitral, con sede en Houston, encontró



que, a pesar de no haber firmado el acuerdo, el Estado podía ser demandado finalmente lo condenó a pagar una indemnización de U\$S 495 millones. La cuestión fue llevada a los tribunales federales; en una primera decisión se dijo que la sociedad Turkmenneft tenía una suficiente separación del gobierno y por ello se dispuso rechazar la ejecución del laudo contra el Estado. Pero tal decisión fue revocada por la Corte Federal de Apelaciones, la que encontró que el gobierno había actuado como *alter ego* de Turkmenneft en el *joint venture* y por ello autorizó a Bidas a ejecutar el laudo.

La Corte de Apelaciones reconoció que un principio fundamental del derecho societario es que una corporación no es responsable por las obligaciones de una sociedad subsidiaria criterio que se aplica a las sociedades de propiedad de gobiernos extranjeros, pero la vez también reconoce que los tribunales han aplicado la doctrina del *alter ego* y con ello han encontrado responsable a la corporación en nombre de la equidad cuando la subsidiaria ha sido utilizada como una herramienta para cometer fraude; al aplicar esta doctrina los tribunales están preocupados por la realidad, por la forma y por cómo la corporación es operada. Señaló también que la doctrina del *alter ego*, como todas las variaciones de la doctrina del descorrimiento del velo societario, ha de ser aplicada en casos excepcionales. La doctrina aplica solo si (i) el propietario ejerce el completo control sobre la corporación respecto de la transacción de que se trata; y (ii) tal control es usado para perjuicio a la parte que pretende el descorrimiento del velo societario.



En el caso concreto el tribunal de apelaciones encontró que el gobierno actuó “fraude o injusticia”, pues utilizó Turkmenneft para causar daño a Bidas, lo que evidenció en su creación con un capital insuficiente y además proveniente de un fondo inmune a los embargos según la ley puesta en vigencia por el Estado de Turkmenistán. De este modo concluyó que la manipulación del gobierno para impedir a Bidas la recuperación de una indemnización satisface el test de “fraude o injusticia”.

La cuestión del control fué tratada por el tribunal de apelaciones con gran esmero, llegando a identificar veintiún factores, quince de derecho privado y seis de derecho público, que permiten determinar la existencia de control sobre una sociedad.

Finalmente, concluye que el gobierno de Turkmenistán manipuló legal y económicamente a Turkmenneft para repudiar el contrato e impedir a la contraparte cobrar una indemnización de daños; para ello ponderó la grosera infracapitalización de Turkmenneft. Señaló la corte que la infracapitalización es crítica en el análisis del *alter ego* y concluyó que el hecho de que la subsidiaria mantenga un “cero balance” y dependa exclusivamente de la otra para pagar sus deudas, es fuerte evidencia de la inexistencia de una entidad independiente, y que un elemento de injusticia o fundamental mala fe está presente cuando los ingresos de la sociedad infracapitalizada son directamente derivados a las manos de la controlante, la inexistencia de estados contables de esta persona jurídica, así como el hecho que sus ingresos fueron



derivados a un fondo estatal que también recibía fondos de otras compañías del gobierno; y, siguió diciendo la corte, aunque el Estado de Turkmenistán ha sostenido que los salarios de los dependientes del *joint venture* los pagaba el *joint venture*, lo cierto es que todos los costos del arbitraje los había pagado el gobierno de Turkmenistán; en definitiva, el gobierno ha utilizado la separación financiera para cometer fraude o infringir otro mal a los demandantes. Y, finalmente, afirmó que desangrar a una sociedad subsidiaria para frustrar a los acreedores es un fundamento clásico para perforar el velo societario.

En cambio, los tribunales franceses encontraron que el Banco Central de Irak sigue siendo un sujeto autónomo y distinto del Estado Irakí y por eso no pueden serle extendidos los efectos de un laudo arbitral que condenó a este último.

5.16 Estipulación a favor de terceros

En opinión de Caivano⁶⁷, según algunos criterios judiciales la cláusula arbitral inserta en un contrato solo obliga al tercero beneficiario de la estipulación si este consiente el método de resolución de conflictos; si bien esta tesis puede ser controvertida en

⁶⁷ Caivano, Roque. Op. Cit. P. 89.



Francia, por el hecho de que no se requiere la aceptación del tercero para que el legítimo a reclamar el cumplimiento al promitente.

En la misma orientación, el garante de una obligación causada en un contrato que contiene una cláusula arbitral no está obligado por esa cláusula, a no ser que por otras circunstancias se pudiere establecer que el garante, en oportunidades una empresa relacionada, era parte del acuerdo de arbitraje.

5.17 Circulación de la cláusula arbitral

La jurisprudencia, especialmente la francesa, reconoce como regla que la cesión de créditos, la cesión del contrato, y la subrogación personal conllevan la circulación del pacto arbitral; en otras palabras, más allá de la autonomía que se predica del convenio arbitral respecto del contrato principal, lo cierto es que la transmisión de este causa la transmisión del convenio arbitral, lo cual no deja de revelar cierta incoherencia.

Inconsistencia que se hace más ostensible cuando se advierte que se predica que la cláusula de arbitraje se refiere al derecho de estar en juicio y no al derecho sustancial, es separable del resto del contrato en el cual ella figura, obedece a reglas específicas sin referencia obligatoria a un sistema de conflicto de leyes ni a una ley designada por



ese sistema, y al mismo tiempo se resuelve que se transmite accesoriamamente a la que contiene; cualquiera sea la validez de la transmisión de los derechos sustanciales.

5.18 Efectos de la cláusula arbitral en el Reglamento ICC

El acuerdo arbitral habilita la competencia de la Corte de Arbitraje, la que, como se dijo, una vez que está convencida *prima facie* de su existencia, puede disponer la continuidad del procedimiento, aun cuando una de las partes formulara una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, idea que se complementa con la disposición conforme a la cual si alguna de las partes rehusa o se abstiene de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de este, el arbitraje procederá no obstante dicha negativa o abstención.

Por lo tanto, el compromiso arbitral (posterior) es innecesario aunque es perfectamente posible que las partes acuerden un compromiso arbitral en el que establezcan pautas de funcionamiento del arbitraje.



Cabe apuntar, en opinión de Cremades⁶⁸, que el acta de misión no es un compromiso arbitral, sino que es un acto procesal del tribunal y que puede o no estar firmado por las partes; tanto es así que si alguna de las partes se rehusa a participar de su redacción o a firmarla ella es elevada por el Tribunal Arbitral a la Corte para su aprobación.

5.19 Contenido del acuerdo arbitral

En cualquier país de la familia romano-germánica un contrato de compraventa podría limitarse a decir: El señor A vende el inmueble situado en (...) al señor B por el precio de X; todo lo demás, lugar de pago, momento del pago, entrega de la cosa, escrituración, etc., lo suple la ley. Claro es que, este es un método que razonablemente nadie sigue, pues lo aconsejable es que las partes establezcan sus derechos y obligaciones de un modo más preciso, lo cual evita conflictos.

Lo mismo sucede al redactarse una cláusula arbitral; bien podría limitarse a decir: “Las partes someterán a arbitraje todas las disputas causadas en este contrato”. Ello es suficiente desde que se ha dicho que el convenio arbitral es aquel por el cual las partes se obligan a resolver una disputa actual o futura por medio del arbitraje. No es su objeto regular el procedimiento arbitral.

⁶⁸ Cremades, Bernardo M. Op. Cit. P. 134.



Pero en la práctica no suele funcionar de este modo, sino que las partes tratan de prever otras cuestiones que faciliten el desarrollo del futuro proceso arbitral y eviten tener que recurrir a los órganos judiciales estatales para que suplan la voluntad omisa de las partes.

En este sentido, el convenio arbitral constituye la carta magna de todo eventual procedimiento arbitral, pues él plasma cómo las partes quieren que se desarrolle el arbitraje que resolverá el conflicto futuro o actual.

De allí que las partes han de tener un especial cuidado en la redacción de este acuerdo y, sobre todo, han de tener presente la conveniencia de que satisfaga ciertos contenidos mínimos que reflejen la elección de las partes sobre aspectos centrales del arbitraje.

Se suelen incluir entre esos contenidos mínimos:

- a. La elección entre un arbitraje institucional o uno *ad hoc*; en el caso de elegir un arbitraje institucional, es esencial identificar con precisión la institución que ha de administrar el arbitraje y recurrir a las cláusulas modelo que normalmente ha de proveer el Reglamento de esa Institución.



- b. La sede del arbitraje, o sea el lugar que determinará la localización del procedimiento, tema que tiene relevancia particular en orden a la individualización del tribunal judicial que tendrá competencia para asistir al tribunal arbitral en aquellas materias en que este lo requiera por no tener *imperium* y para entender en posibles recursos y otras cuestiones;
- c. El idioma en que se ha de desarrollar el arbitraje;
- d. Si el arbitraje ha de ser de derecho o de equidad;
- e. La ley aplicable al fondo, a la cláusula arbitral y al procedimiento;
- f. La elección de los árbitros, esto es, en primer lugar, el número de árbitros (normalmente uno o tres); luego, el nombre de los que han de actuar como tales o el mecanismo de elección de todos o del árbitro tercero o del árbitro único si se optó por esta posibilidad.

Muchas otras estipulaciones son posibles; la doctrina apunta que una estipulación que ha de tenerse en cuenta es la que acuerde a los árbitros la posibilidad de adaptar los contratos a nuevas circunstancias; es que las legislaciones nacionales tienen soluciones muy diversas para resolver la cuestión de los efectos de las alteraciones de



las bases del negocio jurídico, por lo que es conveniente atribuir tal expresamente a los árbitros y fijar la extensión de esa facultad.

5.20 La cláusula modelo del Reglamento ICC

El Reglamento de Arbitraje ICC, después de su prólogo, contiene lo que denomina “Cláusula modelo de arbitraje de la CCI”, con el siguiente contenido:

“La CCI recomienda a todas las partes que deseen recurrir al arbitraje de la CCI, que incluyan la siguiente cláusula modelo en sus contratos: *“Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”*.

Los comentaristas como Cremades⁶⁹, advierten que esta cláusula tan simple contiene los elementos esenciales del acuerdo arbitral:

- a. Una descripción amplia o extensa de la causa de los conflictos a someterse a

⁶⁹ Cremades, Bernardo M. Op. Cit. P. 92.



arbitraje, al comprender todas las desavenencias que deriven o guarden con el contrato.

- b. Y que ellas serán resueltas definitivamente;
- c. Bajo las reglas de la ICC

5.21 Contenido recomendado

Obviamente la cláusula modelo no tiene un contenido sacramental. Por el contrario, en la misma introducción a la cláusula modelo el reglamento dice: Se recuerda a las partes la conveniencia de indicar, en la cláusula de arbitraje, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje. El Reglamento de Arbitraje de la CCI no limita la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable, la sede de arbitraje y el idioma del proceso arbitral.

Y advierte: Los usuarios no deben olvidar que ciertos sistemas jurídicos exigen que la cláusula de arbitraje sea expresamente aceptada por las partes o estipulada de acuerdo con formalidades particulares.



Con lo cual deja a la convención de las partes la determinación de estos elementos en la manera de redactar el acuerdo al que arriben.

5.22 Cláusulas patológicas

Manifiesta Rivera⁷⁰ que la expresión “cláusulas patológicas” es atribuida a Frédéric Eisemann, ex secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, y alude a las cláusulas que por impericia, exceso de previsiones o por otras razones se convierten en un obstáculo para el desarrollo del arbitraje que las partes quisieron prever como mecanismo de solución de sus conflictos.

Ejemplos bastante conocidos en la literatura sobre la materia, son las estipulaciones que:

- a. Identifican erróneamente la institución que ha de administrar el arbitraje, o se refieren a instituciones inexistentes o que no administran arbitrajes, esto es muy común incluso en contratos internacionales y con referencia a la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, lo que ha dado lugar a numerosos

⁷⁰ Rivera, Julio César. Op. Cit. P. 390.



pronunciamientos tanto de la misma Corte Internacional de Arbitraje de la ICGJ como de los árbitros, como judiciales;

- b. Designan a un árbitro sin asegurarse de que esté dispuesto a aceptar el caso; y sin tener en cuenta que si ese árbitro fallece, el arbitraje puede ser considerado “impracticable” según el criterio de la jurisprudencia judicial de algunos países;
- c. Designan a un árbitro en función de un cargo que puede no estar ejerciendo más cuando el conflicto aparece; o en razón de otras cualidades personales que no existen, lo que en la jurisprudencia francesa da lugar a la anulación de la convención de arbitraje por error en la persona; no son claras en punto a que obligan a someterse al arbitraje; o requieren acuerdos futuros, que generalmente resultan imposibles de obtener cuando el conflicto ya ha aparecido. En este punto un ejemplo es la cláusula que decía: “un eventual arbitraje tendría lugar en Inglaterra conforme al derecho inglés”, sobre la cual un tribunal de Florencia dijo que era lo suficientemente ambigua *como* para concluir que no constituía una convención arbitral definitiva, sino que requería un acuerdo posterior;
- d. Disponen que el arbitraje se regirá por las reglas de cierta institución, pero no son claras acerca de si esa misma institución debe actuar como árbitro.



También se consideran patológicas las cláusulas que dificultan el procedimiento porque:

- a. Se refieren a distintas leyes aplicables al fondo o al procedimiento; o,
- b. Establecen plazos angustiosos para dictar el laudo.

Otra especie de cláusulas patológicas está formada por las estipulaciones que tienen una definición poco precisa de la materia arbitral.

Un ejemplo típico de esta especie es la cláusula que atribuye a los árbitros la facultad de resolver cualquier cuestión relativa a “la interpretación de este contrato”, porque ello da lugar a que se discuta si los temas de ejecución o las consecuencias de la resolución o rescisión están o no alcanzadas por la cláusula arbitral.

Esta materia ha sido abordada por la jurisprudencia judicial argentina, la que, haciendo valer el criterio de la “interpretación estricta” de la cláusula compromisoria, ha sustraído a la competencia arbitral la materia que no estuviese específicamente atribuida por la cláusula.



La jurisprudencia de otros países también ha producido algunas resoluciones en otro sentido.

Así en los tribunales de Hong Kong se discutió la ejecutabilidad de un laudo dictado en Malasia que había estado causado en la falta de pago del precio de un contrato de venta de mercadería, pero en el cual el arbitraje estaba previsto para “todos los litigios en cuanto a la calidad o el estado del caucho u otros litigios nacidos en virtud de las presentes disposiciones contractuales”.

El tribunal de primera instancia de Hong Kong consideró que la demanda de pago del precio, que se había incumplido por dificultades en la apertura de una carta de crédito, estaba comprendida en la expresión “otros litigios nacidos en virtud de las presentes disposiciones contractuales”, pero su pronunciamiento fue revocado, pues el tribunal de apelaciones consideró que las cuestiones relativas a la carta de crédito no estaban incluidas en la cláusula arbitral y que no estaba autorizado a reescribir esta convención para hacerla más eficaz.

En otro caso, un tribunal italiano rechazó parcialmente la ejecución de un laudo que tenía como antecedente un contrato que preveía un arbitraje en Siria sobre cuestiones “no técnicas” y otro arbitraje bajo reglas CCI sobre cuestiones “técnicas”; el tribunal



estatal consideró que los árbitros sirios se habían pronunciado sobre cuestiones “técnicas” y sobre cuestiones “técnicas”, con lo cual excedieron su misión y por lo tanto acogió la ejecución del laudo solo en cuanto al pronunciamiento sobre los temas “no técnicos”.

Para evitar esta patología se recomienda que la cláusula compromisoria no limite expresa o implícitamente la competencia *ratione materiae*, sino que utilice la formulación más amplia posible, como lo hace la estipulación modelo propuesta por la ICC.

Finalmente, están las cláusulas que prevén alternativas entre distintos procedimientos o que exigen que antes de habilitarse el arbitraje se cumplan otras etapas (negociaciones directas mediación o conciliación).

En opinión de Caivano⁷¹, estas previsiones no son *per se* patológicas, pero requieren cierta cautela; por ejemplo, es conveniente que se establezca un plazo cierto de duración de las negociaciones directas, que se distinga claramente la mediación o conciliación del arbitraje. En definitiva, debe ser claro cuándo queda habilitado el inicio del proceso arbitral.

⁷¹ Caivano, Roque. Op. Cit. P. 184.

Por lo demás, también ha de tenerse mucho cuidado en la redacción de cláusulas que prevean alternativas entre el arbitraje y otros procedimientos incluso judiciales.





CONCLUSIONES

1. El acuerdo de arbitraje posee la naturaleza jurídica de un contrato y como tal, debe reunir los requisitos esenciales para su existencia y validez.
2. Los requisitos esenciales para la existencia y validez del acuerdo de arbitraje no pueden trasladarse literalmente y en su forma genérica al acuerdo de arbitraje, sufren algunas morigeraciones y es necesario analizar para su determinación, las hipótesis particulares que los afectan.
3. La cláusula arbitral es autónoma respecto del contrato principal, la ineficacia del contrato no causa la ineficacia de la cláusula arbitral.
4. El planteo de la inexistencia o la ineficacia de la cláusula arbitral debe ser resuelto por el tribunal arbitral y ello no causa su incompetencia.
5. En la mayor parte de leyes, reglamentos y convenios internacionales, se regula que la cláusula arbitral debe constar por escrito, sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no exige que conste por escrito, siempre que pueda probarse su existencia por otros medios idóneos.



6. La cláusula arbitral puede pactarse en el mismo contrato o en un documento distinto que haga referencia a ese contrato.
7. La cláusula arbitral puede pactarse antes de que surja el conflicto o después de surgido este.
8. La cláusula arbitral puede pactarse para la responsabilidad contractual o para la responsabilidad extracontractual (proveniente de la ley).
9. En la redacción del contenido de la cláusula arbitral deben evitarse los elementos de las denominadas cláusulas patológicas, que son aquellas que por impericia, por exceso de previsiones o por razones de circunstancias cuya realización en el futuro sean notoriamente imprevisibles, se conviertan en obstáculo para el desarrollo del arbitraje.
10. El contenido recomendado para la cláusula arbitral no es sacramental, tampoco su extensión ni sus límites, se debe tomar en cuenta la racionalidad y las posibilidades reales de su ejecución, sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, recomienda una cláusula modelo con el siguiente contenido: “Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

BIBLIOGRAFÍA



A) LIBROS

Álvarado Palacios, Yolany. *La institución del arbitraje en Panamá*. Universal Books, Panamá, 2002.

Barragán Arango, Luis A. *El laudo arbitral*, en Silva Romero, Eduardo. Mantilla Espinosa, Fabricio. *El contrato de arbitraje*, Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

Bernini, Giorgio. *Organization of the arbitral proceedings. Overview of the issues, Multiparty Arbitration*. ICC. Paris. 1991.

Caivano, Roque J. *Medidas cautelares en el arbitraje*. 2ª. Ed., Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.

Canero, Mauricio Aníbal- Vagedes, Matías Alejandro. *Los beneficios del arbitraje comercial internacional*. ED. 2004.

Conil Paz, Alberto. *Laudo arbitral y concurso preventivo*. ED. 2004.

Derains, Yves-Schwartz, Eric A. RL. *Nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*. Oxford. México. 2001.

González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa. México. 2011.



Herrera Mercado, Hernando & Mantilla Espinosa, Fabricio (Editores). *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2007.

Levy, Laurent. *Testimonies in the contemporary practice: witness statements and cross examination*, en *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium*. Bruylant. Bruselas. 2005.

Rivera, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Editorial LexisNexis. Buenos Aires. 2007.

Rivera Neutze, Antonio. *El proceso práctico arbitral*. Editorial, Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A. Guatemala. 1996.

Rivera Neutze, Antonio Guillermo y Gordillo Rodríguez, Rainer Armando. *Curso práctico de arbitraje comercial internacional*. Editorial EDIFOLSA. Guatemala. 2001.

Sanders, Pieter. *The work of uncitral on arbitration and conciliation*. 2ª. Ed. Kluwer. La Haya. 2004.

Zarate, José Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio y Ríos Ruiz Alma de los Ángeles. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Mcgraw-Hill. México. 1997.



B) Legislación:

1. Constitución Política de la República De Guatemala
2. Código Civil de Guatemala
3. Código de Comercio de Guatemala.
4. Código Procesal Civil de Guatemala
5. Ley de Arbitraje de Guatemala

C) Otras referencias documentales:

1. Convención de Nueva York sobre Ejecución de Laudos
2. Convención de Panamá sobre Ejecución de Laudos
3. Reglamento de Arbitraje de la “Cámara De Comercio Internacional” con sede en París.
4. Ley y Reglamento de Arbitraje de Uncitral